INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

LEGALITY OF THE THREAT OR USE OF NUCLEAR WEAPONS

ADVISORY OPINION OF 8 JULY 1996

1996

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

LICÉITÉ DE LA MENACE OU DE L'EMPLOI D'ARMES NUCLÉAIRES

AVIS CONSULTATIF DU 8 JUILLET 1996

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

LEGALITY OF THE THREAT OR USE OF NUCLEAR WEAPONS

ADVISORY OPINION OF 8 JULY 1996

1996

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

LICÉITÉ DE LA MENACE OU DE L'EMPLOI D'ARMES NUCLÉAIRES

AVIS CONSULTATIF DU 8 JUILLET 1996

Official citation:
Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226

Mode officiel de citation:
Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070743-5

Sales number
N° de vente: 679

8 JULY 1996

ADVISORY OPINION

LEGALITY OF THE THREAT OR USE OF NUCLEAR WEAPONS

LICÉITÉ DE LA MENACE OU DE L'EMPLOI D'ARMES NUCLÉAIRES

8 JUILLET 1996

AVIS CONSULTATIF

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 1996

1996
8 July
General List
No. 95

8 July 1996

LEGALITY OF THE THREAT OR USE OF NUCLEAR WEAPONS

Jurisdiction of the Court to give the advisory opinion requested — Article 65, paragraph 1, of the Statute — Body authorized to request an opinion — Article 96, paragraphs 1 and 2, of the Charter — Activities of the General Assembly — "Legal question" — Political aspects of the question posed — Motives said to have inspired the request and political implications that the opinion might have.

Discretion of the Court as to whether or not it will give an opinion — Article 65, paragraph 1, of the Statute — Compelling reasons — Vague and abstract question — Purposes for which the opinion is sought — Possible effects of the opinion on current negotiations — Duty of the Court not to legislate.

Formulation of the question posed — English and French texts — Clear objective — Burden of proof.

Applicable law — International Covenant on Civil and Political Rights — Arbitrary deprivation of life — Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide — Intent against a group as such — Existing norms relating to the safeguarding and protection of the environment — Environmental considerations as an element to be taken into account in the implementation of the law applicable in armed conflict — Application of most directly relevant law: law of the Charter and law applicable in armed conflict.

Unique characteristics of nuclear weapons.

Provisions of the Charter relating to the threat or use of force — Article 2, paragraph 4 — The Charter neither expressly prohibits, nor permits, the use of any specific weapon — Article 51 — Conditions of necessity and proportionality — The notions of "threat" and "use" of force stand together — Possession of nuclear weapons, deterrence and threat.

Specific rules regulating the lawfulness or unlawfulness of the recourse to nuclear weapons as such — Absence of specific prescription authorizing the threat or use of nuclear weapons — Unlawfulness per se*: treaty law — Instruments prohibiting the use of poisoned weapons — Instruments expressly prohibiting the use of certain weapons of mass destruction — Treaties concluded in order to limit the acquisition, manufacture and possession of nuclear weapons, the deployment and testing of nuclear weapons — Treaty of Tlatelolco — Treaty of Rarotonga — Declarations made by nuclear-weapon States on the*

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1996

1996
8 juillet
Rôle général
n° 95

8 juillet 1996

LICÉITÉ DE LA MENACE OU DE L'EMPLOI D'ARMES NUCLÉAIRES

Compétence de la Cour pour donner l'avis consultatif demandé — Article 65, paragraphe 1, du Statut — Organe autorisé à solliciter un avis — Article 96, paragraphes 1 et 2, de la Charte — Activités de l'Assemblée générale — « Question juridique » — Aspects politiques de la question posée — Mobiles qui auraient inspiré la requête et implications politiques que pourrait avoir l'avis.

Pouvoir discrétionnaire de la Cour de décider si elle doit donner un avis — Article 65, paragraphe 1, du Statut — Raisons décisives — Question floue et abstraite — Fins auxquelles l'avis est demandé — Effets possibles de l'avis sur des négociations en cours — Devoir de la Cour de ne pas légiférer.

Libellé de la question posée — Versions française et anglaise — Objectif clair — Charge de la preuve.

Droit applicable — Pacte international relatif aux droits civils et politiques — Privation arbitraire de la vie — Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide — Intentionnalité envers un groupe comme tel — Normes en vigueur en matière de sauvegarde et de protection de l'environnement — Considérations écologiques en tant qu'élément à prendre en compte dans la mise en œuvre du droit applicable dans les conflits armés — Application du droit le plus directement pertinent : droit de la Charte et droit applicable dans les conflits armés.

Caractéristiques propres aux armes nucléaires.

Dispositions de la Charte ayant trait à la menace ou à l'emploi de la force — Article 2, paragraphe 4 — La Charte n'interdit ni ne permet expressément l'emploi d'aucune arme particulière — Article 51 — Conditions de nécessité et de proportionnalité — Les notions de « menace » et d'« emploi » de la force vont de pair — Possession d'armes nucléaires, dissuasion et menace.

Règles spécifiques régissant la licéité ou l'illicéité du recours aux armes nucléaires en tant que telles — Absence de prescription spécifique autorisant la menace ou l'emploi d'armes nucléaires — Illicéité per se *: droit conventionnel — Instruments interdisant l'emploi d'armes empoisonnées — Instruments prohibant expressément l'emploi de certaines armes de destruction massive — Traités conclus en vue de limiter l'acquisition, la fabrication et la possession d'armes nucléaires, le déploiement d'armes nucléaires et les essais nucléaires — Traité de Tlatelolco — Traité de Rarotonga — Déclarations faites par les Etats dotés*

occasion of the extension of the Non-Proliferation Treaty — Absence of comprehensive and universal conventional prohibition of the use or the threat of use of nuclear weapons as such — Unlawfulness per se: *customary law — Consistent practice of non-utilization of nuclear weapons — Policy of deterrence — General Assembly resolutions affirming the illegality of nuclear weapons — Continuing tensions between the nascent* opinio juris *and the still strong adherence to the practice of deterrence.*

Principles and rules of international humanitarian law — Prohibition of methods and means of warfare precluding any distinction between civilian and military targets or resulting in unnecessary suffering to combatants — Martens Clause — Principle of neutrality — Applicability of these principles and rules to nuclear weapons — Conclusions.

Right of a State to survival and right to resort to self-defence — Policy of deterrence — Reservations to undertakings given by certain nuclear-weapon States not to resort to such weapons.

Current state of international law and elements of fact available to the Court — Use of nuclear weapons in an extreme circumstance of self-defence in which the very survival of a State is at stake.

Article VI of the Non-Proliferation Treaty — Obligation to negotiate in good faith and to achieve nuclear disarmament in all its aspects.

ADVISORY OPINION

Present: President Bedjaoui; *Vice-President* Schwebel; *Judges* Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins; *Registrar* Valencia-Ospina.

On the legality of the threat or use of nuclear weapons,

The Court,

composed as above,

gives the following Advisory Opinion:

1. The question upon which the advisory opinion of the Court has been requested is set forth in resolution 49/75 K adopted by the General Assembly of the United Nations (hereinafter called the "General Assembly") on 15 December 1994. By a letter dated 19 December 1994, received in the Registry by facsimile on 20 December 1994 and filed in the original on 6 January 1995, the Secretary-General of the United Nations officially communicated to the Registrar the decision taken by the General Assembly to submit the question to the Court for an advisory opinion. Resolution 49/75 K, the English text of which was enclosed with the letter, reads as follows:

> "*The General Assembly*,
>
> *Conscious* that the continuing existence and development of nuclear weapons pose serious risks to humanity,
>
> *Mindful* that States have an obligation under the Charter of the United

d'armes nucléaires à l'occasion de la prorogation du traité de non-prolifération — Absence d'interdiction conventionnelle complète et universelle d'emploi ou de menace d'emploi des armes nucléaires en tant que telles — Illicéité per se*: droit coutumier — Pratique constante de non-utilisation des armes nucléaires — Politique de dissuasion — Résolutions de l'Assemblée générale affirmant l'illicéité des armes nucléaires — Tensions subsistant entre une* opinio juris *naissante et une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion.*

Principes et règles du droit international humanitaire — Interdiction des méthodes et moyens de guerre ne permettant pas de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires ou ayant pour effet de causer aux combattants des souffrances inutiles — Clause de Martens — Principe de neutralité — Applicabilité de ces principes et règles aux armes nucléaires — Conséquences.

Droit d'un Etat à la survie et droit de recourir à la légitime défense — Politique de dissuasion — Réserves à des engagements pris par certains Etats dotés d'armes nucléaires de ne pas recourir à ces armes.

Etat actuel du droit international et éléments de fait à la disposition de la Cour — Emploi d'armes nucléaires dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause.

Article VI du traité de non-prolifération — Obligation de négocier de bonne foi et de parvenir au désarmement nucléaire dans tous ses aspects.

AVIS CONSULTATIF

Présents: M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, M^me^ Higgins, *juges*; M. Valencia-Ospina, *Greffier*.

Sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires,

La Cour,

ainsi composée,

donne l'avis consultatif suivant:

1. La question sur laquelle un avis consultatif est demandé à la Cour est énoncée dans la résolution 49/75 K que l'Assemblée générale des Nations Unies (ci-après dénommée l'«Assemblée générale») a adoptée le 15 décembre 1994. Par une lettre en date du 19 décembre 1994, reçue au Greffe par télécopie le 20 décembre 1994 et dont l'original a été enregistré le 6 janvier 1995, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a officiellement communiqué au Greffier la décision prise par l'Assemblée générale de soumettre cette question à la Cour pour avis consultatif. La résolution 49/75 K, dont le texte anglais était joint à cette lettre, se lit comme suit:

«*L'Assemblée générale,*

Considérant que l'existence des armes nucléaires et la poursuite de leur mise au point font courir de graves dangers à l'humanité,

Sachant que les Etats ont en vertu de la Charte des Nations Unies l'obli-

Nations to refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State,

Recalling its resolutions 1653 (XVI) of 24 November 1961, 33/71 B of 14 December 1978, 34/83 G of 11 December 1979, 35/152 D of 12 December 1980, 36/92 I of 9 December 1981, 45/59 B of 4 December 1990 and 46/37 D of 6 December 1991, in which it declared that the use of nuclear weapons would be a violation of the Charter and a crime against humanity,

Welcoming the progress made on the prohibition and elimination of weapons of mass destruction, including the Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction[1] and the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction[2],

Convinced that the complete elimination of nuclear weapons is the only guarantee against the threat of nuclear war,

Noting the concerns expressed in the Fourth Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons that insufficient progress had been made towards the complete elimination of nuclear weapons at the earliest possible time,

Recalling that, convinced of the need to strengthen the rule of law in international relations, it has declared the period 1990-1999 the United Nations Decade of International Law[3],

Noting that Article 96, paragraph 1, of the Charter empowers the General Assembly to request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question,

Recalling the recommendation of the Secretary-General, made in his report entitled 'An Agenda for Peace'[4], that United Nations organs that are authorized to take advantage of the advisory competence of the International Court of Justice turn to the Court more frequently for such opinions,

Welcoming resolution 46/40 of 14 May 1993 of the Assembly of the World Health Organization, in which the organization requested the International Court of Justice to give an advisory opinion on whether the use of nuclear weapons by a State in war or other armed conflict would be a breach of its obligations under international law, including the Constitution of the World Health Organization,

Decides, pursuant to Article 96, paragraph 1, of the Charter of the United Nations, to request the International Court of Justice urgently to render its advisory opinion on the following question: 'Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?'

---

[1] Resolution 2826 (XXVI), annex.

[2] See *Official Records of the General Assembly, Forty-seventh Session, Supplement No. 27* (A/47/27), appendix I.

[3] Resolution 44/23.

[4] A/47/277-S/24111."

gation de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat,

Rappelant ses résolutions 1653 (XVI) du 24 novembre 1961, 33/71 B du 14 décembre 1978, 34/83 G du 11 décembre 1979, 35/152 D du 12 décembre 1980, 36/92 I du 9 décembre 1981, 45/59 B du 4 décembre 1990 et 46/37 D du 6 décembre 1991, dans lesquelles elle a déclaré que l'emploi d'armes nucléaires constituerait une violation de la Charte et un crime contre l'humanité,

Se félicitant des progrès accomplis en ce qui concerne l'interdiction et l'élimination des armes de destruction massive, notamment la conclusion de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction [1] et de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'utilisation d'armes chimiques et sur leur destruction [2],

Convaincue que l'élimination complète des armes nucléaires est la seule garantie contre la menace d'une guerre nucléaire,

Notant l'inquiétude exprimée lors de la quatrième conférence des parties chargée de l'examen du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires devant le peu de progrès accomplis vers l'élimination complète des armes nucléaires dans les meilleurs délais,

Rappelant que, convaincue qu'il faut renforcer la primauté du droit dans les relations internationales, elle a déclaré la période 1990-1999 Décennie des Nations Unies pour le droit international [3],

Notant qu'elle peut, en vertu du paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte, demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique,

Rappelant que, dans son rapport intitulé « Un agenda pour la paix » [4], le Secrétaire général a recommandé aux organes des Nations Unies qui sont autorisés à demander des avis consultatifs à la Cour internationale de Justice de s'adresser plus souvent à la Cour pour obtenir d'elle de tels avis,

Se félicitant de la résolution 46/40 de l'Assemblée de l'Organisation mondiale de la Santé, en date du 14 mai 1993, dans laquelle l'Organisation demande à la Cour internationale de Justice de donner un avis consultatif sur la question de savoir si l'utilisation d'armes nucléaires par un Etat au cours d'une guerre ou d'un autre conflit armé constituerait une violation de ses obligations au regard du droit international, y compris la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé,

Décide, conformément au paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies, de demander à la Cour internationale de Justice de rendre dans les meilleurs délais un avis consultatif sur la question suivante : « Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance ? »

---

[1] Résolution 2826 (XXVI), annexe.

[2] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, supplément n° 27* (A/47/27), appendice I.

[3] Résolution 44/23.

[4] A/47/277-S/24111.

2. Pursuant to Article 65, paragraph 2, of the Statute, the Secretary-General of the United Nations communicated to the Court a dossier of documents likely to throw light upon the question.

3. By letters dated 21 December 1994, the Registrar, pursuant to Article 66, paragraph 1, of the Statute, gave notice of the request for an advisory opinion to all States entitled to appear before the Court.

4. By an Order dated 1 February 1995 the Court decided that the States entitled to appear before it and the United Nations were likely to be able to furnish information on the question, in accordance with Article 66, paragraph 2, of the Statute. By the same Order, the Court fixed, respectively, 20 June 1995 as the time-limit within which written statements might be submitted to it on the question, and 20 September 1995 as the time-limit within which States and organizations having presented written statements might submit written comments on the other written statements in accordance with Article 66, paragraph 4, of the Statute. In the aforesaid Order, it was stated in particular that the General Assembly had requested that the advisory opinion of the Court be rendered "urgently"; reference was also made to the procedural time-limits already fixed for the request for an advisory opinion previously submitted to the Court by the World Health Organization on the question of the *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*.

On 8 February 1995, the Registrar addressed to the States entitled to appear before the Court and to the United Nations the special and direct communication provided for in Article 66, paragraph 2, of the Statute.

5. Written statements were filed by the following States: Bosnia and Herzegovina, Burundi, Democratic People's Republic of Korea, Ecuador, Egypt, Finland, France, Germany, India, Ireland, Islamic Republic of Iran, Italy, Japan, Lesotho, Malaysia, Marshall Islands, Mexico, Nauru, Netherlands, New Zealand, Qatar, Russian Federation, Samoa, San Marino, Solomon Islands, Sweden, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and United States of America. In addition, written comments on those written statements were submitted by the following States: Egypt, Nauru and Solomon Islands. Upon receipt of those statements and comments, the Registrar communicated the text to all States having taken part in the written proceedings.

6. The Court decided to hold public sittings, opening on 30 October 1995, at which oral statements might be submitted to the Court by any State or organization which had been considered likely to be able to furnish information on the question before the Court. By letters dated 23 June 1995, the Registrar requested the States entitled to appear before the Court and the United Nations to inform him whether they intended to take part in the oral proceedings; it was indicated, in those letters, that the Court had decided to hear, during the same public sittings, oral statements relating to the request for an advisory opinion from the General Assembly as well as oral statements concerning the above-mentioned request for an advisory opinion laid before the Court by the World Health Organization, on the understanding that the United Nations would be entitled to speak only in regard to the request submitted by the General Assembly, and it was further specified therein that the participants in the oral proceedings which had not taken part in the written proceedings would receive the text of the statements and comments produced in the course of the latter.

7. By a letter dated 20 October 1995, the Republic of Nauru requested the Court's permission to withdraw the written comments submitted on its behalf

2. Conformément à l'article 65, paragraphe 2, du Statut, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a communiqué à la Cour un dossier contenant des documents pouvant servir à élucider la question.

3. Par des lettres en date du 21 décembre 1994, le Greffier a notifié la requête pour avis consultatif à tous les Etats admis à ester devant la Cour, conformément à l'article 66, paragraphe 1, du Statut.

4. Par une ordonnance en date du 1er février 1995, la Cour a décidé que les Etats admis à ester devant elle et l'Organisation des Nations Unies étaient susceptibles de fournir des renseignements sur la question, conformément à l'article 66, paragraphe 2, du Statut. Par la même ordonnance, la Cour a fixé, respectivement, au 20 juin 1995 la date d'expiration du délai dans lequel des exposés écrits pourraient lui être présentés sur cette question et au 20 septembre 1995 la date d'expiration du délai dans lequel les Etats ou organisations ayant présenté un exposé écrit pourraient présenter des observations écrites sur les autres exposés écrits conformément à l'article 66, paragraphe 4, du Statut. Dans ladite ordonnance, il était notamment fait état de ce que l'Assemblée générale avait demandé que l'avis consultatif de la Cour soit rendu «dans les meilleurs délais»; il y était par ailleurs fait référence aux délais de procédure déjà fixés aux fins de la demande d'avis consultatif antérieurement soumise à la Cour par l'Organisation mondiale de la Santé sur la question de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*.

Le 8 février 1995, le Greffier a adressé aux Etats admis à ester devant la Cour et à l'Organisation des Nations Unies la communication spéciale et directe prévue à l'article 66, paragraphe 2, du Statut.

5. Des exposés écrits ont été déposés par les Etats suivants: Allemagne, Bosnie-Herzégovine, Burundi, Egypte, Equateur, Etats-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Iles Marshall, Iles Salomon, Inde, République islamique d'Iran, Irlande, Italie, Japon, Lesotho, Malaisie, Mexique, Nauru, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Qatar, République populaire démocratique de Corée, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Saint-Marin, Samoa et Suède. Par ailleurs, des observations écrites sur ces exposés écrits ont été présentées par les Etats suivants: Egypte, Iles Salomon et Nauru. Des réception de ces exposés et de ces observations, le Greffier en a transmis le texte à tous les Etats ayant pris part à la procédure écrite.

6. La Cour a décidé de tenir, à compter du 30 octobre 1995, des audiences publiques au cours desquelles des exposés oraux pourraient être faits devant elle par tout Etat et toute organisation ayant été jugés susceptibles de fournir des renseignements sur la question à elle soumise. Par des lettres en date du 23 juin 1995, le Greffier a prié les Etats admis à ester devant la Cour et l'Organisation des Nations Unies de lui faire savoir s'ils avaient l'intention de participer à la procédure orale; il était indiqué, dans ces lettres, que la Cour avait décidé d'entendre au cours d'une seule série d'audiences publiques les exposés oraux relatifs à la demande d'avis consultatif de l'Assemblée générale et ceux concernant la demande d'avis consultatif susmentionnée dont la Cour avait été saisie par l'Organisation mondiale de la Santé, étant entendu que l'Organisation des Nations Unies ne serait habilitée à prendre la parole qu'à propos de la demande soumise par l'Assemblée générale; et il y était par ailleurs précisé que les participants à la procédure orale n'ayant pas pris part à la procédure écrite se verraient communiquer le texte des exposés et observations produits dans le cadre de cette dernière procédure.

7. Par une lettre en date du 20 octobre 1995, la République de Nauru a demandé à la Cour l'autorisation de retirer les observations écrites qui avaient

in a document entitled "Response to submissions of other States". The Court granted the request and, by letters dated 30 October 1995, the Deputy-Registrar notified the States to which the document had been communicated, specifying that the document consequently did not form part of the record before the Court.

8. Pursuant to Article 106 of the Rules of Court, the Court decided to make the written statements and comments submitted to the Court accessible to the public, with effect from the opening of the oral proceedings.

9. In the course of public sittings held from 30 October 1995 to 15 November 1995, the Court heard oral statements in the following order by:

for the Commonwealth of Australia:	Mr. Gavan Griffith, Q.C., Solicitor-General of Australia, Counsel, The Honourable Gareth Evans, Q.C., Senator, Minister for Foreign Affairs, Counsel;
for the Arab Republic of Egypt:	Mr. George Abi-Saab, Professor of International Law, Graduate Institute of International Studies, Geneva, Member of the Institute of International Law;
for the French Republic:	Mr. Marc Perrin de Brichambaut, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs, Mr. Alain Pellet, Professor of International Law, University of Paris X and Institute of Political Studies, Paris;
for the Federal Republic of Germany:	Mr. Hartmut Hillgenberg, Director-General of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs;
for Indonesia:	H.E. Mr. Johannes Berchmans Soedarmanto Kadarisman, Ambassador of Indonesia to the Netherlands;
for Mexico:	H.E. Mr. Sergio González Gálvez, Ambassador, Under-Secretary of Foreign Relations;
for the Islamic Republic of Iran:	H.E. Mr. Mohammad J. Zarif, Deputy Minister, Legal and International Affairs, Ministry of Foreign Affairs;
for Italy:	Mr. Umberto Leanza, Professor of International Law at the Faculty of Law at the University of Rome "Tor Vergata", Head of the Diplomatic Legal Service at the Ministry of Foreign Affairs;
for Japan:	H.E. Mr. Takekazu Kawamura, Ambassador, Director General for Arms Control and Scientific Affairs, Ministry of Foreign Affairs, Mr. Takashi Hiraoka, Mayor of Hiroshima, Mr. Iccho Itoh, Mayor of Nagasaki;

été présentées en son nom dans un document intitulé «Réponse aux conclusions des autres Etats». La Cour a accédé à cette demande et, par des lettres en date du 30 octobre 1995, le Greffier adjoint en a informé les Etats qui avaient reçu communication de ce document, en précisant que ledit document ne faisait en conséquence pas partie du dossier dont la Cour était saisie.

8. Conformément à l'article 106 du Règlement, la Cour a décidé de rendre accessible au public le texte des exposés écrits et des observations écrites à la date d'ouverture de la procédure orale.

9. Au cours d'audiences publiques tenues du 30 octobre 1995 au 15 novembre 1995, la Cour a entendu en leurs exposés oraux et dans l'ordre suivant:

pour le Commonwealth d'Australie: M. Gavan Griffith, Q.C., *Solicitor-General* d'Australie, conseil.
l'honorable Gareth Evans, Q.C., sénateur, ministre des affaires étrangères, conseil;

pour la République arabe d'Egypte: M. Georges Abi-Saab, professeur de droit international à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, membre de l'Institut de droit international;

pour la République française: M. Marc Perrin de Brichambaut, directeur des affaires juridiques au ministère des affaires étrangères,
M. Alain Pellet, professeur de droit international à l'Université de Paris X et à l'Institut d'études politiques de Paris;

pour la République fédérale d'Allemagne: M. Hartmut Hillgenberg, directeur général des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères;

pour l'Indonésie: S. Exc. M. Johannes Berchmans Soedarmanto Kadarisman, ambassadeur d'Indonésie aux Pays-Bas;

pour le Mexique: S. Exc. M. Sergio González Gálvez, ambassadeur, ministre adjoint des affaires étrangères;

pour la République islamique d'Iran: S. Exc. M. Mohammad J. Zarif, ministre adjoint aux affaires juridiques et internationales, ministère des affaires étrangères;

pour l'Italie: M. Umberto Leanza, professeur de droit international à la faculté de droit de l'Université de Rome «Tor Vergata», chef du service du contentieux diplomatique du ministère des affaires étrangères;

pour le Japon: S. Exc. M. Takekazu Kawamura, ambassadeur, directeur général au contrôle des armements et aux affaires scientifiques, ministère des affaires étrangères,
M. Takashi Hiraoka, maire d'Hiroshima,
M. Iccho Itoh, maire de Nagasaki;

for Malaysia:	H.E. Mr. Tan Sri Razali Ismail, Ambassador, Permanent Representative of Malaysia to the United Nations, Dato' Mohtar Abdullah, Attorney-General;
for New Zealand:	The Honourable Paul East, Q.C., Attorney-General of New Zealand, Mr. Allan Bracegirdle, Deputy Director of Legal Division of the New Zealand Ministry for Foreign Affairs and Trade;
for the Philippines:	H.E. Mr. Rodolfo S. Sanchez, Ambassador of the Philippines to the Netherlands, Professor Merlin N. Magallona, Dean, College of Law, University of the Philippines;
for Qatar:	H.E. Mr. Najeeb ibn Mohammed Al-Nauimi, Minister of Justice;
for the Russian Federation:	Mr. A. G. Khodakov, Director, Legal Department, Ministry of Foreign Affairs;
for San Marino:	Mrs. Federica Bigi, Embassy Counsellor, Official in Charge of Political Directorate, Department of Foreign Affairs;
for Samoa:	H.E. Mr. Neroni Slade, Ambassador and Permanent Representative of Samoa to the United Nations, Miss Laurence Boisson de Chazournes, Assistant Professor, Graduate Institute of International Studies, Geneva, Mr. Roger S. Clark, Distinguished Professor of Law, Rutgers University School of Law, Camden, New Jersey;
for the Marshall Islands:	The Honourable Theodore G. Kronmiller, Legal Counsel, Embassy of the Marshall Islands to the United States of America, Mrs. Lijon Eknilang, Council Member, Rongelap Atoll Local Government;
for Solomon Islands:	The Honourable Victor Ngele, Minister of Police and National Security, Mr. Jean Salmon, Professor of Law, Université libre de Bruxelles, Mr. Eric David, Professor of Law, Université libre de Bruxelles, Mr. Philippe Sands, Lecturer in Law, School of Oriental and African Studies, London University, and Legal Director, Foundation for International Environmental Law and Development, Mr. James Crawford, Whewell Professor of International Law, University of Cambridge;

pour la Malaisie : S. Exc. M. Tan Sri Razali Ismail, ambassadeur, représentant permanent de la Malaisie auprès de l'Organisation des Nations Unies.
Dato' Mohtar Abdullah, *Attorney-General* ;

pour la Nouvelle-Zélande : l'honorable Paul East, Q.C., *Attorney-General* de Nouvelle-Zélande.
M. Allan Bracegirdle, directeur adjoint de la division juridique du ministère des affaires étrangères et du commerce extérieur de Nouvelle-Zélande ;

pour les Philippines : S. Exc. M. Rodolfo S. Sanchez, ambassadeur des Philippines aux Pays-Bas.
M. Merlin M. Magallona, professeur, doyen de la faculté de droit de l'Université des Philippines ;

pour Qatar : S. Exc. M. Najeeb ibn Mohammed Al-Nauimi, ministre de la justice ;

pour la Fédération de Russie : M. A. G. Khodakov, directeur du service juridique du ministère des affaires étrangères ;

pour Saint-Marin : M^me^ Federica Bigi, conseiller d'ambassade, fonctionnaire en charge de la direction politique au ministère des affaires étrangères ;

pour le Samoa : S. Exc. M. Neroni Slade, ambassadeur, représentant permanent du Samoa auprès de l'Organisation des Nations Unies.
M^lle^ Laurence Boisson de Chazournes, chargée d'enseignement à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève.
M. Roger S. Clark, professeur à la faculté de droit de l'Université Rutgers, Camden, New Jersey ;

pour les Iles Marshall : l'honorable Theodore G. Kronmiller, conseiller juridique de l'ambassade des Iles Marshall aux Etats-Unis d'Amérique.
M^me^ Lijon Eknilang, membre du conseil, gouvernement local de l'atoll de Rongelap ;

pour les Iles Salomon : S. Exc. l'honorable Victor Ngele, ministre de la police et de la sécurité nationale.
M. Jean Salmon, professeur de droit à l'Université libre de Bruxelles.
M. Eric David, professeur de droit à l'Université libre de Bruxelles.
M. Philippe Sands, chargé de cours à la School of Oriental and African Studies de l'Université de Londres et directeur juridique de la Foundation for International Environmental Law and Development.
M. James Crawford, professeur de droit international, titulaire de la chaire Whewell à l'Université de Cambridge ;

for Costa Rica:	Mr. Carlos Vargas-Pizarro, Legal Counsel and Special Envoy of the Government of Costa Rica;
for the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland:	The Rt. Honourable Sir Nicholas Lyell, Q.C., M.P., Her Majesty's Attorney-General;
for the United States of America:	Mr. Conrad K. Harper, Legal Adviser, United States Department of State, Mr. Michael J. Matheson, Principal Deputy Legal Adviser, United States Department of State, Mr. John H. McNeill, Senior Deputy General Counsel, United States Department of Defense;
for Zimbabwe:	Mr. Jonathan Wutawunashe, Chargé d'affaires a.i., Embassy of the Republic of Zimbabwe in the Netherlands.

Questions were put by Members of the Court to particular participants in the oral proceedings, who replied in writing, as requested, within the prescribed time-limits; the Court having decided that the other participants could also reply to those questions on the same terms, several of them did so. Other questions put by Members of the Court were addressed, more generally, to any participant in the oral proceedings; several of them replied in writing, as requested, within the prescribed time-limits.

* * *

10. The Court must first consider whether it has the jurisdiction to give a reply to the request of the General Assembly for an advisory opinion and whether, should the answer be in the affirmative, there is any reason it should decline to exercise any such jurisdiction.

The Court draws its competence in respect of advisory opinions from Article 65, paragraph 1, of its Statute. Under this Article, the Court

> "may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request".

11. For the Court to be competent to give an advisory opinion, it is thus necessary at the outset for the body requesting the opinion to be "authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request". The Charter provides in Article 96, paragraph 1, that: "The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question."

Some States which oppose the giving of an opinion by the Court argued that the General Assembly and Security Council are not entitled

pour le Costa Rica:	M. Carlos Vargas-Pizarro, conseiller juridique et envoyé spécial du Gouvernement du Costa Rica;
pour le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord:	le très honorable sir Nicholas Lyell, Q.C., M.P., *Attorney-General*,
pour les Etats-Unis d'Amérique:	M. Conrad K. Harper, conseiller juridique du département d'Etat, M. Michael J. Matheson, conseiller juridique adjoint principal du département d'Etat, M. John H. McNeill, conseiller juridique adjoint principal du département de la défense;
pour le Zimbabwe:	M. Jonathan Wutawunashe, chargé d'affaires a.i. de l'ambassade du Zimbabwe aux Pays-Bas.

Des membres de la Cour ont posé des questions à certains participants à la procédure orale et ceux-ci y ont répondu par écrit, ainsi qu'ils en avaient été priés, dans les délais prévus à cet effet; la Cour ayant décidé que les autres participants pourraient également répondre à ces questions dans les mêmes conditions, plusieurs d'entre eux l'ont fait. D'autres questions posées par des membres de la Cour ont été adressées, plus généralement, à tout participant à la procédure orale; plusieurs d'entre eux y ont répondu par écrit, ainsi qu'ils en avaient été priés, dans les délais prévus à cet effet.

* * *

10. La Cour examinera en premier lieu la question de savoir si elle a compétence pour donner une réponse à la demande d'avis consultatif dont l'a saisie l'Assemblée générale et, dans l'affirmative, s'il existerait des raisons pour elle de refuser d'exercer une telle compétence.

La Cour tire sa compétence pour donner des avis consultatifs de l'article 65, paragraphe 1, de son Statut. Aux termes de cette disposition, la Cour

> «peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe ou institution qui aura été autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis».

11. Pour que la Cour ait compétence aux fins de donner un avis consultatif, il faut donc tout d'abord que l'organe qui sollicite l'avis soit «autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis». La Charte, à l'article 96, paragraphe 1, dispose: «L'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique.»

Certains Etats qui se sont opposés à ce que la Cour rende un avis en l'espèce ont soutenu que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité ne

to ask for opinions on matters totally unrelated to their work. They suggested that, as in the case of organs and agencies acting under Article 96, paragraph 2, of the Charter, and notwithstanding the difference in wording between that provision and paragraph 1 of the same Article, the General Assembly and Security Council may ask for an advisory opinion on a legal question only within the scope of their activities.

In the view of the Court, it matters little whether this interpretation of Article 96, paragraph 1, is or is not correct; in the present case, the General Assembly has competence in any event to seise the Court. Indeed, Article 10 of the Charter has conferred upon the General Assembly a competence relating to "any questions or any matters" within the scope of the Charter. Article 11 has specifically provided it with a competence to "consider the general principles . . . in the maintenance of international peace and security, including the principles governing disarmament and the regulation of armaments". Lastly, according to Article 13, the General Assembly "shall initiate studies and make recommendations for the purpose of . . . encouraging the progressive development of international law and its codification".

12. The question put to the Court has a relevance to many aspects of the activities and concerns of the General Assembly including those relating to the threat or use of force in international relations, the disarmament process, and the progressive development of international law. The General Assembly has a long-standing interest in these matters and in their relation to nuclear weapons. This interest has been manifested in the annual First Committee debates, and the Assembly resolutions on nuclear weapons; in the holding of three special sessions on disarmament (1978, 1982 and 1988) by the General Assembly, and the annual meetings of the Disarmament Commission since 1978; and also in the commissioning of studies on the effects of the use of nuclear weapons. In this context, it does not matter that important recent and current activities relating to nuclear disarmament are being pursued in other fora.

Finally, Article 96, paragraph 1, of the Charter cannot be read as limiting the ability of the Assembly to request an opinion only in those circumstances in which it can take binding decisions. The fact that the Assembly's activities in the above-mentioned field have led it only to the making of recommendations thus has no bearing on the issue of whether it had the competence to put to the Court the question of which it is seised.

13. The Court must furthermore satisfy itself that the advisory opinion requested does indeed relate to a "legal question" within the meaning of its Statute and the United Nations Charter.

The Court has already had occasion to indicate that questions

> "framed in terms of law and rais[ing] problems of international law . . . are by their very nature susceptible of a reply based on law . . .

sont pas habilités à demander des avis sur des questions sans rapport aucun avec leurs travaux. Ils ont donné à entendre que, comme dans le cas d'organes ou d'institutions agissant en vertu de l'article 96, paragraphe 2, de la Charte, et nonobstant les différences de rédaction entre cette disposition et le paragraphe 1 du même article, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité ne peuvent demander d'avis consultatif sur une question juridique que si celle-ci se pose dans le cadre de leur activité.

De l'avis de la Cour, peu importe que cette interprétation de l'article 96, paragraphe 1, soit ou non correcte: en l'espèce, l'Assemblée générale a compétence en tout état de cause pour saisir la Cour. En effet, l'article 10 de la Charte a conféré à l'Assemblée générale une compétence relative à «toutes questions ou affaires» entrant dans le cadre de la Charte. L'article 11 lui a expressément attribué compétence aux fins d'«étudier les principes généraux pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, y compris les principes régissant le désarmement et la réglementation des armements». Enfin, selon l'article 13, l'Assemblée générale «provoque des études et fait des recommandations en vue ... [d']encourager le développement progressif du droit international et sa codification».

12. La question posée à la Cour est pertinente au regard de maints aspects des activités et préoccupations de l'Assemblée générale, notamment en ce qui concerne la menace ou l'emploi de la force dans les relations internationales, le processus de désarmement et le développement progressif du droit international. L'Assemblée générale porte de longue date un intérêt à ces matières et à leur relation avec les armes nucléaires. Cet intérêt a trouvé son expression dans les débats annuels de la Première Commission et les résolutions de l'Assemblée générale sur les armes nucléaires; dans la tenue par l'Assemblée générale de trois sessions extraordinaires sur le désarmement (1978, 1982 et 1988) et, depuis 1978, de réunions annuelles de la commission du désarmement; ainsi que dans la commande d'études sur les effets de l'emploi d'armes nucléaires. Dans ce contexte, il importe peu que des activités importantes relatives au désarmement nucléaire, récentes ou en cours, aient été ou soient menées dans d'autres enceintes.

L'article 96, paragraphe 1, de la Charte ne saurait enfin être interprété comme limitant la faculté qu'a l'Assemblée générale de demander un avis aux seules circonstances dans lesquelles elle peut prendre des décisions à caractère exécutoire. Que les activités de l'Assemblée dans les matières susmentionnées ne la conduisent à formuler que des recommandations est dès lors indifférent aux fins d'apprécier si elle avait compétence pour poser à la Cour la question dont elle l'a saisie.

13. La Cour doit par ailleurs s'assurer que l'avis consultatif demandé porte bien sur une «question juridique» au sens de son Statut et de la Charte des Nations Unies.

La Cour a déjà eu l'occasion d'indiquer que les questions

> «libellées en termes juridiques et soul[evant] des problèmes de droit international ... sont, par leur nature même, susceptibles de recevoir

[and] appear . . . to be questions of a legal character" (*Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 18, para. 15).

The question put to the Court by the General Assembly is indeed a legal one, since the Court is asked to rule on the compatibility of the threat or use of nuclear weapons with the relevant principles and rules of international law. To do this, the Court must identify the existing principles and rules, interpret them and apply them to the threat or use of nuclear weapons, thus offering a reply to the question posed based on law.

The fact that this question also has political aspects, as, in the nature of things, is the case with so many questions which arise in international life, does not suffice to deprive it of its character as a "legal question" and to "deprive the Court of a competence expressly conferred on it by its Statute" (*Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, p. 172, para. 14). Whatever its political aspects, the Court cannot refuse to admit the legal character of a question which invites it to discharge an essentially judicial task, namely, an assessment of the legality of the possible conduct of States with regard to the obligations imposed upon them by international law (cf. *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of Charter), Advisory Opinion, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, pp. 61-62; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, pp. 6-7; *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 155).

Furthermore, as the Court said in the Opinion it gave in 1980 concerning the *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*:

> "Indeed, in situations in which political considerations are prominent it may be particularly necessary for an international organization to obtain an advisory opinion from the Court as to the legal principles applicable with respect to the matter under debate . . ." (*I.C.J. Reports 1980*, p. 87, para. 33.)

The Court moreover considers that the political nature of the motives which may be said to have inspired the request and the political implications that the opinion given might have are of no relevance in the establishment of its jurisdiction to give such an opinion.

*

14. Article 65, paragraph 1, of the Statute provides: "The Court *may* give an advisory opinion . . ." (Emphasis added.) This is more than an enabling provision. As the Court has repeatedly emphasized, the Statute

une réponse fondée en droit ... [et] ont en principe un caractère juridique» (*Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 18, par. 15).

La question que l'Assemblée générale a posée à la Cour constitue effectivement une question juridique, car la Cour est priée de se prononcer sur le point de savoir si la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est compatible avec les principes et règles pertinents du droit international. Pour ce faire, la Cour doit déterminer les principes et règles existants, les interpréter et les appliquer à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires, apportant ainsi à la question posée une réponse fondée en droit.

Que cette question revête par ailleurs des aspects politiques, comme c'est, par la nature des choses, le cas de bon nombre de questions qui viennent à se poser dans la vie internationale, ne suffit pas à la priver de son caractère de «question juridique» et à «enlever à la Cour une compétence qui lui est expressément conférée par son Statut» (*Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973*, p. 172, par. 14). Quels que soient les aspects politiques de la question posée, la Cour ne saurait refuser un caractère juridique à une question qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire, à savoir l'appréciation de la licéité de la conduite éventuelle d'Etats au regard des obligations que le droit international leur impose (voir *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 61-62; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 6-7; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 155).

Au demeurant, comme la Cour l'a dit dans l'avis qu'elle a donné en 1980 au sujet de l'*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*:

> «En fait, lorsque des considérations politiques jouent un rôle marquant il peut être particulièrement nécessaire à une organisation internationale d'obtenir un avis consultatif de la Cour sur les principes juridiques applicables à la matière en discussion...» (*C.I.J. Recueil 1980*, p. 87, par. 33.)

La Cour considère en outre que la nature politique des mobiles qui auraient inspiré la requête et les implications politiques que pourrait avoir l'avis donné sont sans pertinence au regard de l'établissement de sa compétence pour donner un tel avis.

*

14. L'article 65, paragraphe 1, du Statut dispose: «La Cour *peut* donner un avis consultatif...» (Les italiques sont de la Cour.) Il ne s'agit pas là seulement d'une disposition présentant le caractère d'une habilitation.

leaves a discretion as to whether or not it will give an advisory opinion that has been requested of it, once it has established its competence to do so. In this context, the Court has previously noted as follows:

> "The Court's Opinion is given not to the States, but to the organ which is entitled to request it; the reply of the Court, itself an 'organ of the United Nations', represents its participation in the activities of the Organization, and, in principle, should not be refused." (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71; see also *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 19; *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956*, p. 86; *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 155; and *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989*, p. 189.)

The Court has constantly been mindful of its responsibilities as "the principal judicial organ of the United Nations" (Charter, Art. 92). When considering each request, it is mindful that it should not, in principle, refuse to give an advisory opinion. In accordance with the consistent jurisprudence of the Court, only "compelling reasons" could lead it to such a refusal (*Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956*, p. 86; *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, p. 155; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 27; *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973*, p. 183; *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 21; and *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989*, p. 191). There has been no refusal, based on the discretionary power of the Court, to act upon a request for advisory opinion in the history of the present Court; in the case concerning the *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, the refusal to give the World Health Organization the advisory opinion requested by it was justified by the Court's lack of jurisdiction in that case. The Permanent Court of International Justice took the view on only one occasion that it could not reply to a question put to it, having regard to the very particular circumstances of the case, among which were that the question directly concerned an already existing dispute, one of the States parties to which was

Comme la Cour l'a souligné à maintes reprises, son Statut lui laisse aussi le pouvoir discrétionnaire de décider si elle doit ou non donner l'avis consultatif qui lui a été demandé, une fois qu'elle a établi sa compétence pour ce faire. Dans ce contexte, la Cour a déjà eu l'occasion de noter ce qui suit:

> «L'avis est donné par la Cour non aux Etats, mais à l'organe habilité pour le lui demander; la réponse constitue une participation de la Cour, elle-même «organe des Nations Unies», à l'action de l'Organisation et, en principe, elle ne devrait pas être refusée.» (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71; voir aussi *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 19; *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 86; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 155, et *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989*, p. 189.)

La Cour a toujours été consciente de ses responsabilités en tant qu'«organe judiciaire principal des Nations Unies» (Charte, art. 92). Lors de l'examen de chaque demande, elle garde à l'esprit qu'elle ne devrait pas, en principe, refuser de donner un avis consultatif. Conformément à sa jurisprudence constante, seules des «raisons décisives» pourraient l'y inciter (*Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956*, p. 86; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 155; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 27; *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1973*, p. 183; *Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 21; et *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1989*, p. 191). Aucun refus, fondé sur le pouvoir discrétionnaire de la Cour, de donner suite à une demande d'avis consultatif n'a été enregistré dans l'histoire de la présente Cour; dans l'affaire de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, le refus de donner à l'Organisation mondiale de la Santé l'avis consultatif sollicité par elle a été justifié par le défaut de compétence de la Cour en l'espèce. La Cour permanente de Justice internationale a une seule fois estimé qu'elle ne pouvait répondre à la question qui lui avait été posée, eu égard aux circonstances toutes particulières de l'espèce, à savoir, notamment, que cette question concernait directement un différend déjà né auquel était partie un Etat qui n'avait pas adhéré au Statut de la Cour perma-

neither a party to the Statute of the Permanent Court nor a Member of the League of Nations, objected to the proceedings, and refused to take part in any way (*Status of Eastern Carelia, P.C.I.J., Series B, No. 5*).

15. Most of the reasons adduced in these proceedings in order to persuade the Court that in the exercise of its discretionary power it should decline to render the opinion requested by General Assembly resolution 49/75 K were summarized in the following statement made by one State in the written proceedings:

> "The question presented is vague and abstract, addressing complex issues which are the subject of consideration among interested States and within other bodies of the United Nations which have an express mandate to address these matters. An opinion by the Court in regard to the question presented would provide no practical assistance to the General Assembly in carrying out its functions under the Charter. Such an opinion has the potential of undermining progress already made or being made on this sensitive subject and, therefore, is contrary to the interests of the United Nations Organization." (United States of America, Written Statement, pp. 1-2; cf. pp. 3-7, II. See also United Kingdom, Written Statement, pp. 9-20, paras. 2.23-2.45; France, Written Statement, pp. 13-20, paras. 5-9; Finland, Written Statement, pp. 1-2; Netherlands, Written Statement, pp. 3-4, paras. 6-13; Germany, Written Statement, pp. 3-6, para. 2 (*b*).)

In contending that the question put to the Court is vague and abstract, some States appeared to mean by this that there exists no specific dispute on the subject-matter of the question. In order to respond to this argument, it is necessary to distinguish between requirements governing contentious procedure and those applicable to advisory opinions. The purpose of the advisory function is not to settle — at least directly — disputes between States, but to offer legal advice to the organs and institutions requesting the opinion (cf. *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71). The fact that the question put to the Court does not relate to a specific dispute should consequently not lead the Court to decline to give the opinion requested.

Moreover, it is the clear position of the Court that to contend that it should not deal with a question couched in abstract terms is "a mere affirmation devoid of any justification", and that "the Court may give an advisory opinion on any legal question, abstract or otherwise" (*Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of Charter), Advisory Opinion, 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 61; see also *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1954*, p. 51; and *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 27, para. 40).

nente, n'était pas membre de la Société des Nations, s'opposait à la procédure et refusait d'y prendre part de quelque manière que ce soit (*Statut de la Carélie orientale, C.P.J.I. série B n° 5*).

15. La plupart des motifs invoqués en l'espèce pour convaincre la Cour qu'elle devrait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser de donner l'avis demandé par l'Assemblée générale dans sa résolution 49/75 K, ont été résumés dans la déclaration suivante faite par un Etat dans la procédure écrite:

> «La question posée est floue et abstraite et soulève des problèmes complexes qui sont à l'examen entre les Etats intéressés et au sein d'autres organes ou institutions des Nations Unies ayant mandat exprès de les traiter. En donnant un avis sur la question posée, la Cour n'apporterait aucune aide concrète à l'Assemblée générale pour accomplir les fonctions qui lui ont été conférées par la Charte. Un tel avis serait susceptible de compromettre les progrès déjà réalisés ou en cours sur ce sujet délicat et serait en conséquence contraire aux intérêts de l'Organisation des Nations Unies.» (Etats-Unis d'Amérique, exposé écrit, p. 1-2; voir aussi p. 3-7, II. Voir également Royaume-Uni, exposé écrit, p. 9-20, par. 2.23-2.45; France, exposé écrit, p. 13-20, par. 5-9; Finlande, exposé écrit, p. 1-2; Pays-Bas, exposé écrit, p. 3-4, par. 6-13; et Allemagne, exposé écrit, p. 3-6, par. 2 *b*).)

En soutenant que la question posée à la Cour serait floue et abstraite, certains Etats ont semblé entendre qu'il n'existerait aucun différend précis portant sur l'objet de la question. En vue de répondre à cet argument, il convient d'opérer une distinction entre les conditions qui régissent la procédure contentieuse et celles qui s'appliquent aux avis consultatifs. La finalité de la fonction consultative n'est pas de régler — du moins pas directement — des différends entre Etats, mais de donner des conseils d'ordre juridique aux organes et institutions qui en font la demande (voir *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71). Le fait que la question posée à la Cour n'ait pas trait à un différend précis ne saurait par suite amener la Cour à refuser de donner l'avis sollicité.

Par ailleurs, la Cour a clairement affirmé que l'allégation selon laquelle elle ne pourrait connaître d'une question posée en termes abstraits n'est qu'«une pure affirmation dénuée de toute justification», et qu'elle «peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, abstraite ou non» (*Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 61; voir aussi *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1954*, p. 51, et *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 27, par. 40).

Certain States have however expressed the fear that the abstract nature of the question might lead the Court to make hypothetical or speculative declarations outside the scope of its judicial function. The Court does not consider that, in giving an advisory opinion in the present case, it would necessarily have to write "scenarios", to study various types of nuclear weapons and to evaluate highly complex and controversial technological, strategic and scientific information. The Court will simply address the issues arising in all their aspects by applying the legal rules relevant to the situation.

16. Certain States have observed that the General Assembly has not explained to the Court for what precise purposes it seeks the advisory opinion. Nevertheless, it is not for the Court itself to purport to decide whether or not an advisory opinion is needed by the Assembly for the performance of its functions. The General Assembly has the right to decide for itself on the usefulness of an opinion in the light of its own needs.

Equally, once the Assembly has asked, by adopting a resolution, for an advisory opinion on a legal question, the Court, in determining whether there are any compelling reasons for it to refuse to give such an opinion, will not have regard to the origins or to the political history of the request, or to the distribution of votes in respect of the adopted resolution.

17. It has also been submitted that a reply from the Court in this case might adversely affect disarmament negotiations and would, therefore, be contrary to the interest of the United Nations. The Court is aware that, no matter what might be its conclusions in any opinion it might give, they would have relevance for the continuing debate on the matter in the General Assembly and would present an additional element in the negotiations on the matter. Beyond that, the effect of the opinion is a matter of appreciation. The Court has heard contrary positions advanced and there are no evident criteria by which it can prefer one assessment to another. That being so, the Court cannot regard this factor as a compelling reason to decline to exercise its jurisdiction.

18. Finally, it has been contended by some States that in answering the question posed, the Court would be going beyond its judicial role and would be taking upon itself a law-making capacity. It is clear that the Court cannot legislate, and, in the circumstances of the present case, it is not called upon to do so. Rather its task is to engage in its normal judicial function of ascertaining the existence or otherwise of legal principles and rules applicable to the threat or use of nuclear weapons. The contention that the giving of an answer to the question posed would require the Court to legislate is based on a supposition that the present *corpus juris* is devoid of relevant rules in this matter. The Court could not accede to this argument; it states the existing law and does not legislate. This is so even if, in stating and applying the law, the Court necessarily has to specify its scope and sometimes note its general trend.

Certains Etats ont cependant exprimé la crainte que le caractère abstrait de la question ne puisse conduire la Cour à se prononcer sur des hypothèses ou à entrer dans des conjectures sortant du cadre de sa fonction judiciaire. La Cour ne considère pas qu'en rendant un avis consultatif en l'espèce elle serait nécessairement amenée à écrire des «scénarios», à étudier divers types d'armes nucléaires et à évaluer des informations technologiques, stratégiques et scientifiques extrêmement complexes et controversées. La Cour examinera simplement les questions qui se posent, sous tous leurs aspects, en appliquant les règles de droit appropriées en la circonstance.

16. Certains Etats ont observé que l'Assemblée générale n'a pas expliqué à la Cour à quelles fins précises elle sollicitait l'avis consultatif. Toutefois, il n'appartient pas à la Cour de prétendre décider si l'Assemblée a ou non besoin d'un avis consultatif pour s'acquitter de ses fonctions. L'Assemblée générale est habilitée à décider elle-même de l'utilité d'un avis au regard de ses besoins propres.

De même, dès lors que l'Assemblée a demandé un avis consultatif sur une question juridique par la voie d'une résolution qu'elle a adoptée, la Cour ne prendra pas en considération, pour déterminer s'il existe des raisons décisives de refuser de donner cet avis, les origines ou l'histoire politique de la demande, ou la répartition des voix lors de l'adoption de la résolution.

17. Il a aussi été soutenu qu'une réponse de la Cour en l'espèce pourrait être préjudiciable aux négociations sur le désarmement et serait, en conséquence, contraire à l'intérêt de l'Organisation des Nations Unies. La Cour sait que, quelles que soient les conclusions auxquelles elle pourrait parvenir dans l'avis qu'elle donnerait, ces conclusions seraient pertinentes au regard du débat qui se poursuit à l'Assemblée générale, et apporteraient dans les négociations sur la question un élément supplémentaire. Mais, au-delà de cette constatation, l'effet qu'aurait cet avis est une question d'appréciation. Des opinions contraires ont été exposées devant la Cour et il n'est pas de critère évident qui permettrait à celle-ci de donner la préférence à une position plutôt qu'à une autre. Dans ces conditions, la Cour ne saurait considérer ce facteur comme une raison décisive de refuser d'exercer sa compétence.

18. Enfin, certains Etats ont fait valoir qu'en répondant à la question posée la Cour dépasserait sa fonction judiciaire pour s'arroger une fonction législative. La Cour ne saurait certes légiférer, et, dans les circonstances de l'espèce, elle n'est nullement appelée à le faire. Il lui appartient seulement de s'acquitter de sa fonction judiciaire normale en s'assurant de l'existence ou de la non-existence de principes et de règles juridiques applicables à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires. L'argument selon lequel la Cour, pour répondre à la question posée, serait obligée de légiférer, se fonde sur la supposition que le *corpus juris* existant ne comporterait pas de règle pertinente en la matière. La Cour ne saurait souscrire à cet argument; elle dit le droit existant et ne légifère point. Cela est vrai même si la Cour, en disant et en appliquant le droit, doit nécessairement en préciser la portée et, parfois, en constater l'évolution.

19. In view of what is stated above, the Court concludes that it has the authority to deliver an opinion on the question posed by the General Assembly, and that there exist no "compelling reasons" which would lead the Court to exercise its discretion not to do so.

An entirely different question is whether the Court, under the constraints placed upon it as a judicial organ, will be able to give a complete answer to the question asked of it. However, that is a different matter from a refusal to answer at all.

* * *

20. The Court must next address certain matters arising in relation to the formulation of the question put to it by the General Assembly. The English text asks: "Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?" The French text of the question reads as follows: "Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?" It was suggested that the Court was being asked by the General Assembly whether it was permitted to have recourse to nuclear weapons in every circumstance, and it was contended that such a question would inevitably invite a simple negative answer.

The Court finds it unnecessary to pronounce on the possible divergences between the English and French texts of the question posed. Its real objective is clear: to determine the legality or illegality of the threat or use of nuclear weapons.

21. The use of the word "permitted" in the question put by the General Assembly was criticized before the Court by certain States on the ground that this implied that the threat or the use of nuclear weapons would only be permissible if authorization could be found in a treaty provision or in customary international law. Such a starting point, those States submitted, was incompatible with the very basis of international law, which rests upon the principles of sovereignty and consent; accordingly, and contrary to what was implied by use of the word "permitted", States are free to threaten or use nuclear weapons unless it can be shown that they are bound not to do so by reference to a prohibition in either treaty law or customary international law. Support for this contention was found in dicta of the Permanent Court of International Justice in the *"Lotus"* case that "restrictions upon the independence of States cannot . . . be presumed" and that international law leaves to States "a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules" (*P.C.I.J., Series A, No. 10*, pp. 18 and 19). Reliance was also placed on the dictum of the present Court in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* that:

> "in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise, whereby

19. A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut qu'elle a compétence pour donner un avis sur la question qui lui a été posée par l'Assemblée générale et qu'il n'existe aucune «raison décisive» pour qu'elle use de son pouvoir discrétionnaire de ne pas donner cet avis.

Un tout autre point est celui de savoir si la Cour, compte tenu des exigences qui pèsent sur elle en tant qu'organe judiciaire, sera en mesure de donner une réponse complète à la question qui lui a été posée; ce qui, en tout état de cause, est différent d'un refus de répondre.

* * *

20. La Cour doit aborder à présent certains problèmes soulevés par le libellé de la question qui lui a été posée par l'Assemblée générale. En anglais, ce libellé est le suivant: «Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?» Le texte français de la question posée se lit comme suit: «Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?» Il a été suggéré que l'Assemblée générale demanderait ainsi à la Cour si l'emploi d'armes nucléaires est permis en droit international dans toutes les circonstances et il a été exposé qu'une telle question appellerait inévitablement une simple réponse négative.

La Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur les divergences possibles entre versions française et anglaise de la question posée. Celle-ci l'a été avec un objectif clair: déterminer ce qu'il en est de la licéité ou de l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

21. L'utilisation du mot «permis» dans la question posée par l'Assemblée générale a fait l'objet, devant la Cour, de critiques de certains Etats au motif que cette utilisation supposait que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires ne seraient permis que s'ils étaient autorisés par une disposition conventionnelle ou par le droit international coutumier. Selon ces Etats, une telle prémisse serait incompatible avec les fondements mêmes du droit international, qui repose sur les principes de souveraineté et de consentement des Etats; par voie de conséquence, et contrairement à ce que sous-entend l'emploi du mot «permis», les Etats seraient libres de menacer d'employer ou d'employer effectivement des armes nucléaires à moins qu'il ne soit démontré qu'ils doivent s'en abstenir en vertu d'une interdiction contenue dans le droit international conventionnel ou coutumier. A l'appui de cette thèse ont été invoqués des *dicta* de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus*, selon lesquels d'une part «les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument ... pas» et d'autre part le droit international laisse aux Etats «une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives» (*C.P.J.I. série A n° 10*, p. 18 et 19), ainsi qu'un *dictum* de la Cour actuelle dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, selon lequel:

> «il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'Etat intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la

the level of armaments of a sovereign State can be limited" (*I.C.J. Reports 1986*, p. 135, para. 269).

For other States, the invocation of these dicta in the *"Lotus"* case was inapposite: their status in contemporary international law and applicability in the very different circumstances of the present case were challenged. It was also contended that the above-mentioned dictum of the present Court was directed to the *possession* of armaments and was irrelevant to the threat or use of nuclear weapons.

Finally, it was suggested that, were the Court to answer the question put by the Assembly, the word "permitted" should be replaced by "prohibited".

22. The Court notes that the nuclear-weapon States appearing before it either accepted, or did not dispute, that their independence to act was indeed restricted by the principles and rules of international law, more particularly humanitarian law (see below, paragraph 86), as did the other States which took part in the proceedings.

Hence, the argument concerning the legal conclusions to be drawn from the use of the word "permitted", and the questions of burden of proof to which it was said to give rise, are without particular significance for the disposition of the issues before the Court.

* *

23. In seeking to answer the question put to it by the General Assembly, the Court must decide, after consideration of the great corpus of international law norms available to it, what might be the relevant applicable law.

*

24. Some of the proponents of the illegality of the use of nuclear weapons have argued that such use would violate the right to life as guaranteed in Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, as well as in certain regional instruments for the protection of human rights. Article 6, paragraph 1, of the International Covenant provides as follows: "Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life."

In reply, others contended that the International Covenant on Civil and Political Rights made no mention of war or weapons, and it had never been envisaged that the legality of nuclear weapons was regulated by that instrument. It was suggested that the Covenant was directed to the protection of human rights in peacetime, but that questions relating to unlawful loss of life in hostilities were governed by the law applicable in armed conflict.

limitation du niveau d'armement d'un Etat souverain» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 135, par. 269).

D'autres Etats ont jugé hors de propos ce renvoi aux *dicta* tirés de l'affaire du *Lotus* et ont mis en cause leur portée dans le droit international contemporain ainsi que leur applicabilité aux circonstances, fort différentes, de l'espèce. Il a en outre été soutenu que le *dictum* susmentionné de la présente Cour se rapporte à la *possession* d'armements, et n'est pas pertinent du point de vue de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

Il a enfin été avancé que si la Cour devait répondre à la question posée par l'Assemblée générale, il y aurait lieu de remplacer le mot «permis» par «interdit».

22. La Cour prend note du fait que les Etats dotés d'armes nucléaires qui se sont présentés devant elle soit ont reconnu soit n'ont pas nié que leur liberté d'agir était effectivement restreinte par les principes et règles du droit international et plus particulièrement du droit humanitaire (voir paragraphe 86 ci-après). Il en a été de même des autres Etats présents devant la Cour.

Dès lors, ni l'argument visant les conclusions juridiques à tirer de l'emploi du mot «permis» ni les questions de charge de la preuve qui en découleraient ne présentent d'importance particulière aux fins de trancher les problèmes dont la Cour est saisie.

* *

23. Pour répondre à la question que lui a posée l'Assemblée générale, la Cour doit déterminer, après examen du large ensemble de normes de droit international qui s'offre à elle, quel pourrait être le droit pertinent applicable.

*

24. Plusieurs tenants de l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires ont allégué qu'un tel emploi violerait le droit à la vie tel que le garantissent l'article 6 du pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que certains instruments de protection des droits de l'homme de caractère régional. L'article 6, paragraphe 1, du pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose ce qui suit: «Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie.»

A cela, d'autres Etats ont répondu que le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne mentionne ni la guerre ni les armes et que l'on n'a jamais envisagé que cet instrument régisse la question de la licéité des armes nucléaires. Selon eux, le pacte vise la protection des droits de l'homme en temps de paix, alors que les questions relatives à la privation illicite de la vie au cours d'hostilités sont régies par le droit international applicable dans les conflits armés.

25. The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself.

26. Some States also contended that the prohibition against genocide, contained in the Convention of 9 December 1948 on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, is a relevant rule of customary international law which the Court must apply. The Court recalls that in Article II of the Convention genocide is defined as

> "any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:
>
> *(a)* Killing members of the group;
> *(b)* Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
> *(c)* Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
> *(d)* Imposing measures intended to prevent births within the group;
> *(e)* Forcibly transferring children of the group to another group."

It was maintained before the Court that the number of deaths occasioned by the use of nuclear weapons would be enormous; that the victims could, in certain cases, include persons of a particular national, ethnic, racial or religious group; and that the intention to destroy such groups could be inferred from the fact that the user of the nuclear weapon would have omitted to take account of the well-known effects of the use of such weapons.

The Court would point out in that regard that the prohibition of genocide would be pertinent in this case if the recourse to nuclear weapons did indeed entail the element of intent, towards a group as such, required by the provision quoted above. In the view of the Court, it would only be possible to arrive at such a conclusion after having taken due account of the circumstances specific to each case.

*

25. La Cour observe que la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte.

26. Certains Etats ont aussi avancé l'argument selon lequel l'interdiction du génocide, formulée dans la convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, serait une règle pertinente du droit international coutumier que la Cour devrait appliquer en l'espèce. La Cour rappellera que le génocide est défini à l'article II de la convention comme

> «l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:
>
> *a)* meurtre de membres du groupe;
> *b)* atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
> *c)* soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
> *d)* mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
> *e)* transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe».

Il a été soutenu devant la Cour que le nombre de morts que causerait l'emploi d'armes nucléaires serait énorme; que l'on pourrait, dans certains cas, compter parmi les victimes des membres d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux particulier; et que l'intention de détruire de tels groupes pourrait être inférée du fait que l'utilisateur de l'arme nucléaire aurait omis de tenir compte des effets bien connus de l'emploi de ces armes.

La Cour relèvera à cet égard que l'interdiction du génocide serait une règle pertinente en l'occurrence s'il était établi que le recours aux armes nucléaires comporte effectivement l'élément d'intentionnalité, dirigé contre un groupe comme tel, que requiert la disposition sus-citée. Or, de l'avis de la Cour, il ne serait possible de parvenir à une telle conclusion qu'après avoir pris dûment en considération les circonstances propres à chaque cas d'espèce.

*

27. In both their written and oral statements, some States furthermore argued that any use of nuclear weapons would be unlawful by reference to existing norms relating to the safeguarding and protection of the environment, in view of their essential importance.

Specific references were made to various existing international treaties and instruments. These included Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions of 1949, Article 35, paragraph 3, of which prohibits the employment of "methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment"; and the Convention of 18 May 1977 on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques, which prohibits the use of weapons which have "widespread, long-lasting or severe effects" on the environment (Art. I). Also cited were Principle 21 of the Stockholm Declaration of 1972 and Principle 2 of the Rio Declaration of 1992 which express the common conviction of the States concerned that they have a duty

> "to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction".

These instruments and other provisions relating to the protection and safeguarding of the environment were said to apply at all times, in war as well as in peace, and it was contended that they would be violated by the use of nuclear weapons whose consequences would be widespread and would have transboundary effects.

28. Other States questioned the binding legal quality of these precepts of environmental law; or, in the context of the Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques, denied that it was concerned at all with the use of nuclear weapons in hostilities; or, in the case of Additional Protocol I, denied that they were generally bound by its terms, or recalled that they had reserved their position in respect of Article 35, paragraph 3, thereof.

It was also argued by some States that the principal purpose of environmental treaties and norms was the protection of the environment in time of peace. It was said that those treaties made no mention of nuclear weapons. It was also pointed out that warfare in general, and nuclear warfare in particular, were not mentioned in their texts and that it would be destabilizing to the rule of law and to confidence in international negotiations if those treaties were now interpreted in such a way as to prohibit the use of nuclear weapons.

29. The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons could constitute a catastrophe for the environment. The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The

27. Dans leurs exposés écrits et oraux, certains Etats ont en outre soutenu que tout emploi d'armes nucléaires serait illicite au regard des normes en vigueur en matière de sauvegarde et de protection de l'environnement, compte tenu de leur importance fondamentale.

Divers traités et instruments internationaux en vigueur ont été expressément cités, dont le protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949 — qui, à son article 35, paragraphe 3, interdit l'emploi de «méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel» — et la convention du 18 mai 1977 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles — qui interdit l'emploi d'armes «ayant des effets étendus, durables ou graves» sur l'environnement (article premier). Ont également été citées la déclaration de Stockholm de 1972 (principe 21) et la déclaration de Rio de 1992 (principe 2) — qui expriment la conviction commune des Etats concernés qu'ils ont le devoir

> «de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions [zones] ne relevant d'aucune juridiction nationale».

Ces instruments, de même que d'autres dispositions relatives à la protection et à la sauvegarde de l'environnement, s'appliqueraient à tout moment, en temps de guerre comme en temps de paix, et seraient violés par l'emploi d'armes nucléaires ayant des effets étendus et transfrontaliers.

28. D'autres Etats ont soit mis en question le caractère contraignant de ces dispositions du droit de l'environnement, soit contesté que la convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles ait un quelconque rapport avec l'emploi d'armes nucléaires dans un conflit armé, soit encore nié être liés de façon générale par les dispositions du protocole additionnel I, ou bien rappelé qu'ils avaient réservé leur position sur l'article 35, paragraphe 3, de celui-ci.

Certains Etats ont également soutenu que l'objet principal des traités et normes relatifs à l'environnement est de protéger l'environnement en temps de paix; que ces traités ne mentionnent pas les armes nucléaires; qu'ils ne se réfèrent ni à la guerre en général ni à la guerre nucléaire en particulier; et que ce serait fragiliser l'empire du droit et la confiance nécessaire aux négociations internationales que de faire dire aujourd'hui à ces traités qu'ils interdisent le recours aux armes nucléaires.

29. La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour et de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour le milieu naturel. Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris

existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.

30. However, the Court is of the view that the issue is not whether the treaties relating to the protection of the environment are or are not applicable during an armed conflict, but rather whether the obligations stemming from these treaties were intended to be obligations of total restraint during military conflict.

The Court does not consider that the treaties in question could have intended to deprive a State of the exercise of its right of self-defence under international law because of its obligations to protect the environment. Nonetheless, States must take environmental considerations into account when assessing what is necessary and proportionate in the pursuit of legitimate military objectives. Respect for the environment is one of the elements that go to assessing whether an action is in conformity with the principles of necessity and proportionality.

This approach is supported, indeed, by the terms of Principle 24 of the Rio Declaration, which provides that:

> "Warfare is inherently destructive of sustainable development. States shall therefore respect international law providing protection for the environment in times of armed conflict and cooperate in its further development, as necessary."

31. The Court notes furthermore that Articles 35, paragraph 3, and 55 of Additional Protocol I provide additional protection for the environment. Taken together, these provisions embody a general obligation to protect the natural environment against widespread, long-term and severe environmental damage; the prohibition of methods and means of warfare which are intended, or may be expected, to cause such damage; and the prohibition of attacks against the natural environment by way of reprisals.

These are powerful constraints for all the States having subscribed to these provisions.

32. General Assembly resolution 47/37 of 25 November 1992 on the "Protection of the Environment in Times of Armed Conflict" is also of interest in this context. It affirms the general view according to which environmental considerations constitute one of the elements to be taken into account in the implementation of the principles of the law applicable in armed conflict: it states that "destruction of the environment, not justified by military necessity and carried out wantonly, is clearly contrary to existing international law". Addressing the reality that certain instruments are not yet binding on all States, the General Assembly in this resolution "*[a]ppeals* to all States that have not yet done so to consider becoming parties to the relevant international conventions".

pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement.

30. La Cour est toutefois d'avis que la question n'est pas de savoir si les traités relatifs à la protection de l'environnement sont ou non applicables en période de conflit armé, mais bien de savoir si les obligations nées de ces traités ont été conçues comme imposant une abstention totale pendant un conflit armé.

La Cour n'estime pas que les traités en question aient entendu priver un Etat de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international, au nom des obligations qui sont les siennes de protéger l'environnement. Néanmoins, les Etats doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes. Le respect de l'environnement est l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité.

Ce point de vue trouve d'ailleurs un appui dans le principe 24 de la déclaration de Rio, qui dispose:

> «La guerre exerce une action intrinsèquement destructrice sur le développement durable. Les Etats doivent donc respecter le droit international relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé et participer à son développement, selon que de besoin.»

31. La Cour observera par ailleurs que l'article 35, paragraphe 3, et l'article 55 du protocole additionnel I offrent à l'environnement une protection supplémentaire. Considérées ensemble, ces dispositions consacrent une obligation générale de protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves; une interdiction d'utiliser des méthodes et moyens de guerre conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, de tels dommages; et une interdiction de mener des attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles.

Ce sont là de puissantes contraintes pour tous les Etats qui ont souscrit à ces dispositions.

32. La résolution 47/37 de l'Assemblée générale du 25 novembre 1992, intitulée «Protection de l'environnement en période de conflit armé», présente également un intérêt à cet égard. Elle consacre l'opinion générale selon laquelle les considérations écologiques constituent l'un des éléments à prendre en compte dans la mise en œuvre des principes du droit applicable dans les conflits armés. Elle précise en effet que «la destruction de l'environnement non justifiée par des nécessités militaires et ayant un caractère gratuit est manifestement contraire au droit international en vigueur». Tenant compte de ce que certains instruments ne sont pas encore contraignants pour tous les Etats, l'Assemblée générale, dans ladite résolution, «*[l]ance un appel* à tous les Etats qui ne l'ont pas encore fait pour qu'ils deviennent parties aux conventions internationales pertinentes».

In its recent Order in the *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the* Nuclear Tests (New Zealand *v.* France) *Case*, the Court stated that its conclusion was "without prejudice to the obligations of States to respect and protect the natural environment" (*Order of 22 September 1995, I.C.J. Reports 1995*, p. 306, para. 64). Although that statement was made in the context of nuclear testing, it naturally also applies to the actual use of nuclear weapons in armed conflict.

33. The Court thus finds that while the existing international law relating to the protection and safeguarding of the environment does not specifically prohibit the use of nuclear weapons, it indicates important environmental factors that are properly to be taken into account in the context of the implementation of the principles and rules of the law applicable in armed conflict.

*

34. In the light of the foregoing the Court concludes that the most directly relevant applicable law governing the question of which it was seised, is that relating to the use of force enshrined in the United Nations Charter and the law applicable in armed conflict which regulates the conduct of hostilities, together with any specific treaties on nuclear weapons that the Court might determine to be relevant.

* *

35. In applying this law to the present case, the Court cannot however fail to take into account certain unique characteristics of nuclear weapons.

The Court has noted the definitions of nuclear weapons contained in various treaties and accords. It also notes that nuclear weapons are explosive devices whose energy results from the fusion or fission of the atom. By its very nature, that process, in nuclear weapons as they exist today, releases not only immense quantities of heat and energy, but also powerful and prolonged radiation. According to the material before the Court, the first two causes of damage are vastly more powerful than the damage caused by other weapons, while the phenomenon of radiation is said to be peculiar to nuclear weapons. These characteristics render the nuclear weapon potentially catastrophic. The destructive power of nuclear weapons cannot be contained in either space or time. They have the potential to destroy all civilization and the entire ecosystem of the planet.

The radiation released by a nuclear explosion would affect health, agriculture, natural resources and demography over a very wide area.

Dans l'ordonnance qu'elle a rendue récemment au sujet de la *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des* Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), la Cour a déclaré que la conclusion à laquelle elle était parvenue était «sans préjudice des obligations des Etats concernant le respect et la protection de l'environnement naturel» (*ordonnance du 22 septembre 1995, C.I.J. Recueil 1995*, p. 306, par. 64). Cette déclaration s'inscrivait certes dans le contexte des essais nucléaires; mais elle s'applique à l'évidence aussi à l'emploi d'armes nucléaires dans un conflit armé.

33. La Cour constate ainsi que, si le droit international existant relatif à la protection et à la sauvegarde de l'environnement n'interdit pas spécifiquement l'emploi d'armes nucléaires, il met en avant d'importantes considérations d'ordre écologique qui doivent être dûment prises en compte dans le cadre de la mise en œuvre des principes et règles du droit applicable dans les conflits armés.

*

34. A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut que le droit applicable à la question dont elle a été saisie qui est le plus directement pertinent est le droit relatif à l'emploi de la force, tel que consacré par la Charte des Nations Unies, et le droit applicable dans les conflits armés, qui régit la conduite des hostilités, ainsi que tous traités concernant spécifiquement l'arme nucléaire que la Cour pourrait considérer comme pertinents.

* *

35. En faisant application de ce droit en l'espèce, la Cour ne saurait cependant omettre de tenir compte de certaines caractéristiques propres aux armes nucléaires.

La Cour a pris note des définitions qui ont été données des armes nucléaires dans divers traités et accords. Elle observe en outre que les armes nucléaires sont des engins explosifs dont l'énergie procède de la fusion ou de la fission de l'atome. Par sa nature même, ce processus, dans le cas des armes nucléaires telles qu'elles existent aujourd'hui, libère non seulement d'énormes quantités de chaleur et d'énergie, mais aussi un rayonnement puissant et prolongé. Selon les éléments en possession de la Cour, les deux premières sources de dommages sont bien plus puissantes qu'elles ne le sont dans le cas d'autres armes, cependant que le phénomène du rayonnement est considéré comme particulier aux armes nucléaires. De par ces caractéristiques, l'arme nucléaire est potentiellement d'une nature catastrophique. Le pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète.

Le rayonnement libéré par une explosion nucléaire aurait des effets préjudiciables sur la santé, l'agriculture, les ressources naturelles et la démo-

Further, the use of nuclear weapons would be a serious danger to future generations. Ionizing radiation has the potential to damage the future environment, food and marine ecosystem, and to cause genetic defects and illness in future generations.

36. In consequence, in order correctly to apply to the present case the Charter law on the use of force and the law applicable in armed conflict, in particular humanitarian law, it is imperative for the Court to take account of the unique characteristics of nuclear weapons, and in particular their destructive capacity, their capacity to cause untold human suffering, and their ability to cause damage to generations to come.

* * *

37. The Court will now address the question of the legality or illegality of recourse to nuclear weapons in the light of the provisions of the Charter relating to the threat or use of force.

38. The Charter contains several provisions relating to the threat and use of force. In Article 2, paragraph 4, the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of another State or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations is prohibited. That paragraph provides:

> "All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations."

This prohibition of the use of force is to be considered in the light of other relevant provisions of the Charter. In Article 51, the Charter recognizes the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs. A further lawful use of force is envisaged in Article 42, whereby the Security Council may take military enforcement measures in conformity with Chapter VII of the Charter.

39. These provisions do not refer to specific weapons. They apply to any use of force, regardless of the weapons employed. The Charter neither expressly prohibits, nor permits, the use of any specific weapon, including nuclear weapons. A weapon that is already unlawful *per se*, whether by treaty or custom, does not become lawful by reason of its being used for a legitimate purpose under the Charter.

40. The entitlement to resort to self-defence under Article 51 is subject to certain constraints. Some of these constraints are inherent in the very concept of self-defence. Other requirements are specified in Article 51.

graphie, et cela sur des espaces considérables. De plus, l'emploi d'armes nucléaires ferait courir les dangers les plus graves aux générations futures. Le rayonnement ionisant est susceptible de porter atteinte à l'environnement, à la chaîne alimentaire et à l'écosystème marin dans l'avenir, et de provoquer des tares et des maladies chez les générations futures.

36. En conséquence, pour appliquer correctement, en l'espèce, le droit de la Charte concernant l'emploi de la force, ainsi que le droit applicable dans les conflits armés, et notamment le droit humanitaire, il est impératif que la Cour tienne compte des caractéristiques uniques de l'arme nucléaire, et en particulier de sa puissance destructrice, de sa capacité d'infliger des souffrances indicibles à l'homme, ainsi que de son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir.

* * *

37. La Cour examinera maintenant la question de la licéité ou de l'illicéité d'un recours aux armes nucléaires à la lumière des dispositions de la Charte qui ont trait à la menace ou à l'emploi de la force.

38. La Charte contient plusieurs dispositions relatives à la menace et à l'emploi de la force. L'article 2, paragraphe 4, interdit la menace ou l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, ou de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. Ce paragraphe est ainsi libellé:

> «Les Membres de l'Organisation des Nations Unies s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.»

L'interdiction de l'emploi de la force est à examiner à la lumière d'autres dispositions pertinentes de la Charte. En son article 51, celle-ci reconnaît le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, en cas d'agression armée. Un autre recours licite à la force est envisagé à l'article 42, selon lequel le Conseil de sécurité peut prendre des mesures coercitives d'ordre militaire conformément au chapitre VII de la Charte.

39. Ces dispositions ne mentionnent pas d'armes particulières. Elles s'appliquent à n'importe quel emploi de la force, indépendamment des armes employées. La Charte n'interdit ni ne permet expressément l'emploi d'aucune arme particulière, qu'il s'agisse ou non de l'arme nucléaire. Une arme qui est déjà par elle-même illicite, que ce soit du fait d'un traité ou de la coutume, ne devient pas licite du fait qu'elle est employée dans un but légitime en vertu de la Charte.

40. Le droit de recourir à la légitime défense conformément à l'article 51 est soumis à des restrictions. Certaines de ces restrictions sont inhérentes à la notion même de légitime défense. D'autres sont précisées à l'article 51.

41. The submission of the exercise of the right of self-defence to the conditions of necessity and proportionality is a rule of customary international law. As the Court stated in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)*: there is a "specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law" (*I.C.J. Reports 1986*, p. 94, para. 176). This dual condition applies equally to Article 51 of the Charter, whatever the means of force employed.

42. The proportionality principle may thus not in itself exclude the use of nuclear weapons in self-defence in all circumstances. But at the same time, a use of force that is proportionate under the law of self-defence, must, in order to be lawful, also meet the requirements of the law applicable in armed conflict which comprise in particular the principles and rules of humanitarian law.

43. Certain States have in their written and oral pleadings suggested that in the case of nuclear weapons, the condition of proportionality must be evaluated in the light of still further factors. They contend that the very nature of nuclear weapons, and the high probability of an escalation of nuclear exchanges, mean that there is an extremely strong risk of devastation. The risk factor is said to negate the possibility of the condition of proportionality being complied with. The Court does not find it necessary to embark upon the quantification of such risks; nor does it need to enquire into the question whether tactical nuclear weapons exist which are sufficiently precise to limit those risks: it suffices for the Court to note that the very nature of all nuclear weapons and the profound risks associated therewith are further considerations to be borne in mind by States believing they can exercise a nuclear response in self-defence in accordance with the requirements of proportionality.

44. Beyond the conditions of necessity and proportionality, Article 51 specifically requires that measures taken by States in the exercise of the right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council; this article further provides that these measures shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security. These requirements of Article 51 apply whatever the means of force used in self-defence.

45. The Court notes that the Security Council adopted on 11 April 1995, in the context of the extension of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, resolution 984 (1995) by the terms of which, on the one hand, it

> "*[t]akes note* with appreciation of the statements made by each of the nuclear-weapon States (S/1995/261, S/1995/262, S/1995/263, S/1995/264, S/1995/265), in which they give security assurances

41. La soumission de l'exercice du droit de légitime défense aux conditions de nécessité et de proportionnalité est une règle du droit international coutumier. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, il existe une «règle spécifique ... bien établie en droit international coutumier» selon laquelle «la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 94, par. 176). Cette double condition s'applique également dans le cas de l'article 51 de la Charte, quels que soient les moyens mis en œuvre.

42. Le principe de proportionnalité ne peut pas, par lui-même, exclure le recours aux armes nucléaires en légitime défense en toutes circonstances. Mais, en même temps, un emploi de la force qui serait proportionné conformément au droit de la légitime défense doit, pour être licite, satisfaire aux exigences du droit applicable dans les conflits armés, dont en particulier les principes et règles du droit humanitaire.

43. Certains Etats ont avancé dans leurs exposés écrits et oraux que, dans le cas des armes nucléaires, la condition de proportionnalité doit être appréciée au regard d'autres facteurs encore. Ils soutiennent que la nature même de ces armes et la forte probabilité d'une escalade dans les échanges nucléaires engendrent des risques de dévastation extrêmement élevés. Le facteur risque exclut selon eux toute possibilité de respecter la condition de proportionnalité. La Cour n'a pas à se livrer à une étude quantitative de tels risques; elle n'a pas davantage à s'interroger sur le point de savoir s'il existe des armes nucléaires tactiques suffisamment précises pour limiter ces risques: il lui suffira de relever que la nature même de toute arme nucléaire et les risques graves qui lui sont associés sont des considérations supplémentaires que doivent garder à l'esprit les Etats qui croient pouvoir exercer une riposte nucléaire en légitime défense en respectant les exigences de la proportionnalité.

44. Hormis les conditions de nécessité et de proportionnalité, l'article 51 exige spécifiquement que les mesures prises par les Etats dans l'exercice du droit de légitime défense soient immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité; cet article dispose en outre que ces mesures n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. Ces prescriptions de l'article 51 s'appliquent quels que soient les moyens utilisés en légitime défense.

45. La Cour relèvera que le Conseil de sécurité, dans le contexte de la prorogation du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, a adopté le 11 avril 1995 la résolution 984 (1995), aux termes de laquelle, d'une part, il

> «*[p]rend acte avec satisfaction* des déclarations faites par chacun des Etats dotés de l'arme nucléaire (S/1995/261, S/1995/262, S/1995/263, S/1995/264, S/1995/265), dans lesquelles ceux-ci ont donné aux Etats

> against the use of nuclear weapons to non-nuclear-weapon States that are Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons",

and, on the other hand, it

> "*[w]elcomes* the intention expressed by certain States that they will provide or support immediate assistance, in accordance with the Charter, to any non-nuclear-weapon State Party to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons that is a victim of an act of, or an object of a threat of, aggression in which nuclear weapons are used".

46. Certain States asserted that the use of nuclear weapons in the conduct of reprisals would be lawful. The Court does not have to examine, in this context, the question of armed reprisals in time of peace, which are considered to be unlawful. Nor does it have to pronounce on the question of belligerent reprisals save to observe that in any case any right of recourse to such reprisals would, like self-defence, be governed *inter alia* by the principle of proportionality.

47. In order to lessen or eliminate the risk of unlawful attack, States sometimes signal that they possess certain weapons to use in self-defence against any State violating their territorial integrity or political independence. Whether a signalled intention to use force if certain events occur is or is not a "threat" within Article 2, paragraph 4, of the Charter depends upon various factors. If the envisaged use of force is itself unlawful, the stated readiness to use it would be a threat prohibited under Article 2, paragraph 4. Thus it would be illegal for a State to threaten force to secure territory from another State, or to cause it to follow or not follow certain political or economic paths. The notions of "threat" and "use" of force under Article 2, paragraph 4, of the Charter stand together in the sense that if the use of force itself in a given case is illegal — for whatever reason — the threat to use such force will likewise be illegal. In short, if it is to be lawful, the declared readiness of a State to use force must be a use of force that is in conformity with the Charter. For the rest, no State — whether or not it defended the policy of deterrence — suggested to the Court that it would be lawful to threaten to use force if the use of force contemplated would be illegal.

48. Some States put forward the argument that possession of nuclear weapons is itself an unlawful threat to use force. Possession of nuclear weapons may indeed justify an inference of preparedness to use them. In order to be effective, the policy of deterrence, by which those States possessing or under the umbrella of nuclear weapons seek to discourage military aggression by demonstrating that it will serve no purpose, necessitates that the intention to use nuclear weapons be credible. Whether this

non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes»

et, d'autre part, il

«*[s]e félicite* que certains Etats aient exprimé l'intention de venir immédiatement en aide ou de prêter immédiatement un appui, conformément à la Charte, à tout Etat non doté d'armes nucléaires partie au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires qui serait victime d'un acte d'agression avec l'emploi d'armes nucléaires ou serait menacé d'une telle agression».

46. Certains Etats ont soutenu que l'emploi d'armes nucléaires à titre de représailles serait licite. La Cour n'a pas à se pencher, dans ce contexte, sur la question des représailles armées en temps de paix, qui sont considérées comme illicites. Elle n'a pas davantage à se prononcer sur la question des représailles en temps de conflit armé, sinon pour observer qu'en tout état de cause tout droit de recourir à de telles représailles serait, comme le droit de légitime défense, régi, notamment, par le principe de proportionnalité.

47. En vue de diminuer ou d'éliminer les risques d'agression illicite, les Etats font parfois savoir qu'ils détiennent certaines armes destinées à être employées en légitime défense contre tout Etat qui violerait leur intégrité territoriale ou leur indépendance politique. La question de savoir si une intention affichée de recourir à la force, dans le cas où certains événements se produiraient, constitue ou non une «menace» au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte est tributaire de divers facteurs. Si l'emploi de la force envisagé est lui-même illicite, se déclarer prêt à y recourir constitue une menace interdite en vertu de l'article 2, paragraphe 4. Ainsi serait-il illicite pour un Etat de menacer un autre Etat de recourir à la force pour obtenir de lui un territoire ou pour l'obliger à suivre ou à ne pas suivre certaines orientations politiques ou économiques. Les notions de «menace» et d'«emploi» de la force au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte vont de pair, en ce sens que si, dans un cas donné, l'emploi même de la force est illicite — pour quelque raison que ce soit — la menace d'y recourir le sera également. En bref, un Etat ne peut, de manière licite, se déclarer prêt à employer la force que si cet emploi est conforme aux dispositions de la Charte. Du reste, aucun Etat — qu'il ait défendu ou non la politique de dissuasion — n'a soutenu devant la Cour qu'il serait licite de menacer d'employer la force au cas où l'emploi de la force envisagé serait illicite.

48. Certains Etats ont avancé la thèse selon laquelle la possession d'armes nucléaires est par elle-même une menace illicite de recourir à la force. Il peut en effet être justifié d'inférer de la possession d'armes nucléaires qu'on est prêt à utiliser celles-ci. Pour être efficace, la politique de dissuasion, par laquelle les Etats qui détiennent des armes nucléaires ou qui se trouvent sous leur protection cherchent à décourager l'agression militaire en démontrant que cette dernière ne servira aucun objectif,

is a "threat" contrary to Article 2, paragraph 4, depends upon whether the particular use of force envisaged would be directed against the territorial integrity or political independence of a State, or against the Purposes of the United Nations or whether, in the event that it were intended as a means of defence, it would necessarily violate the principles of necessity and proportionality. In any of these circumstances the use of force, and the threat to use it, would be unlawful under the law of the Charter.

49. Moreover, the Security Council may take enforcement measures under Chapter VII of the Charter. From the statements presented to it the Court does not consider it necessary to address questions which might, in a given case, arise from the application of Chapter VII.

50. The terms of the question put to the Court by the General Assembly in resolution 49/75 K could in principle also cover a threat or use of nuclear weapons by a State within its own boundaries. However, this particular aspect has not been dealt with by any of the States which addressed the Court orally or in writing in these proceedings. The Court finds that it is not called upon to deal with an internal use of nuclear weapons.

* * *

51. Having dealt with the Charter provisions relating to the threat or use of force, the Court will now turn to the law applicable in situations of armed conflict. It will first address the question whether there are specific rules in international law regulating the legality or illegality of recourse to nuclear weapons *per se*; it will then examine the question put to it in the light of the law applicable in armed conflict proper, i.e. the principles and rules of humanitarian law applicable in armed conflict, and the law of neutrality.

* *

52. The Court notes by way of introduction that international customary and treaty law does not contain any specific prescription authorizing the threat or use of nuclear weapons or any other weapon in general or in certain circumstances, in particular those of the exercise of legitimate self-defence. Nor, however, is there any principle or rule of international law which would make the legality of the threat or use of nuclear weapons or of any other weapons dependent on a specific authorization. State practice shows that the illegality of the use of certain weapons as such does not result from an absence of authorization but, on the contrary, is formulated in terms of prohibition.

*

nécessite que l'intention d'employer des armes nucléaires soit crédible. Qu'il y ait là une «menace» contraire à l'article 2, paragraphe 4, dépend du fait de savoir si l'emploi précis de la force envisagé serait dirigé contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un Etat ou irait à l'encontre des buts des Nations Unies, ou encore si, dans l'hypothèse où il serait conçu comme un moyen de défense, il violerait nécessairement les principes de nécessité et de proportionnalité. Dans l'un et l'autre cas, non seulement l'emploi de la force, mais aussi la menace de l'employer, seraient illicites selon le droit de la Charte.

49. Par ailleurs, le Conseil de sécurité peut prendre des mesures coercitives en vertu du chapitre VII de la Charte. Au vu des exposés qui lui ont été présentés, la Cour n'estime pas nécessaire de traiter des questions que pourrait soulever, dans un cas donné, l'application du chapitre VII.

50. Les termes de la question posée à la Cour par l'Assemblée générale dans la résolution 49/75 K pourraient aussi, en principe, couvrir la menace ou l'emploi d'armes nucléaires par un Etat à l'intérieur de ses propres frontières. En l'espèce, aucun Etat n'a cependant traité de cet aspect particulier de la question dans ses écritures ou lors des audiences. La Cour considère qu'elle n'est pas appelée à examiner la question d'un emploi d'armes nucléaires au plan interne.

* * *

51. La Cour, après avoir examiné les dispositions de la Charte relatives à la menace ou à l'emploi de la force, se penchera maintenant sur le droit applicable dans les situations de conflit armé. Elle traitera d'abord de la question de savoir s'il existe en droit international des règles spécifiques qui régissent la licéité ou l'illicéité du recours aux armes nucléaires en tant que telles; elle passera ensuite à l'examen de la question qui lui a été posée à la lumière du droit applicable dans les conflits armés proprement dit, c'est-à-dire des principes et règles du droit humanitaire applicable dans lesdits conflits ainsi que du droit de la neutralité.

* *

52. La Cour rappellera à titre liminaire qu'il n'existe aucune prescription spécifique de droit international coutumier ou conventionnel qui autoriserait la menace ou l'emploi d'armes nucléaires ou de quelque autre arme, en général ou dans certaines circonstances, en particulier lorsqu'il y a exercice justifié de la légitime défense. Il n'existe cependant pas davantage de principe ou de règle de droit international qui ferait dépendre d'une autorisation particulière la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires ou de toute autre arme. La pratique des Etats montre que l'illicéité de l'emploi de certaines armes en tant que telles ne résulte pas d'une absence d'autorisation, mais se trouve au contraire formulée en termes de prohibition.

*

53. The Court must therefore now examine whether there is any prohibition of recourse to nuclear weapons as such; it will first ascertain whether there is a conventional prescription to this effect.

54. In this regard, the argument has been advanced that nuclear weapons should be treated in the same way as poisoned weapons. In that case, they would be prohibited under:

(*a*) the Second Hague Declaration of 29 July 1899, which prohibits "the use of projectiles the object of which is the diffusion of asphyxiating or deleterious gases";

(*b*) Article 23 (*a*) of the Regulations respecting the laws and customs of war on land annexed to the Hague Convention IV of 18 October 1907, whereby "it is especially forbidden: . . . to employ poison or poisoned weapons"; and

(*c*) the Geneva Protocol of 17 June 1925 which prohibits "the use in war of asphyxiating, poisonous or other gases, and of all analogous liquids, materials or devices".

55. The Court will observe that the Regulations annexed to the Hague Convention IV do not define what is to be understood by "poison or poisoned weapons" and that different interpretations exist on the issue. Nor does the 1925 Protocol specify the meaning to be given to the term "analogous materials or devices". The terms have been understood, in the practice of States, in their ordinary sense as covering weapons whose prime, or even exclusive, effect is to poison or asphyxiate. This practice is clear, and the parties to those instruments have not treated them as referring to nuclear weapons.

56. In view of this, it does not seem to the Court that the use of nuclear weapons can be regarded as specifically prohibited on the basis of the above-mentioned provisions of the Second Hague Declaration of 1899, the Regulations annexed to the Hague Convention IV of 1907 or the 1925 Protocol (see paragraph 54 above).

57. The pattern until now has been for weapons of mass destruction to be declared illegal by specific instruments. The most recent such instruments are the Convention of 10 April 1972 on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction — which prohibits the possession of bacteriological and toxic weapons and reinforces the prohibition of their use — and the Convention of 13 January 1993 on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction — which prohibits all use of chemical weapons and requires the destruction of existing stocks. Each of these instruments has been negotiated and adopted in its own context and for its own reasons. The Court does not find any specific prohibition of recourse to nuclear weapons in treaties expressly prohibiting the use of certain weapons of mass destruction.

58. In the last two decades, a great many negotiations have been conducted regarding nuclear weapons; they have not resulted in a treaty of

53. La Cour doit donc se pencher sur la question de savoir s'il existe une interdiction de recourir aux armes nucléaires en tant que telles; elle recherchera d'abord s'il existe une prescription conventionnelle à cet effet.

54. A cet égard, il a été avancé que les armes nucléaires devraient être traitées de la même manière que les armes empoisonnées. Auquel cas, elles seraient prohibées:

a) par la deuxième déclaration de La Haye du 29 juillet 1899 qui interdit «l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères»;

b) par l'article 23 *a)* du règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la convention IV de La Haye du 18 octobre 1907, selon lequel «il est notamment interdit: ... d'employer du poison ou des armes empoisonnées»;

c) par le protocole de Genève du 17 juin 1925 qui interdit «l'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que de tous liquides, matières ou procédés analogues».

55. La Cour fera observer que le règlement annexé à la convention IV de La Haye ne définit pas ce qu'il faut entendre par «du poison ou des armes empoisonnées» et que des interprétations divergentes existent sur ce point. Le protocole de 1925 ne précise pas davantage le sens à donner aux termes «matières ou procédés analogues». Dans la pratique des Etats, ces termes ont été entendus dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont l'effet premier, ou même exclusif, est d'empoisonner ou d'asphyxier. Ladite pratique est claire et les parties à ces instruments ne les ont pas considérés comme visant les armes nucléaires.

56. En considération de ce qui précède, il n'apparaît pas à la Cour que l'emploi d'armes nucléaires puisse être regardé comme spécifiquement interdit sur la base des dispositions susmentionnées de la deuxième déclaration de 1899, du règlement annexé à la convention IV de 1907 ou du protocole de 1925 (voir paragraphe 54 ci-dessus).

57. La tendance a été jusqu'à présent, en ce qui concerne les armes de destruction massive, de les déclarer illicites grâce à l'adoption d'instruments spécifiques. Les plus récents de ces instruments sont la convention du 10 avril 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction — qui interdit la détention d'armes bactériologiques ou à toxines et renforce l'interdiction de leur utilisation — et la convention du 13 janvier 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction — qui interdit tout recours aux armes chimiques et exige la destruction des stocks existants. Chacun de ces instruments a été négocié et adopté dans un contexte propre et pour des motifs propres. La Cour ne trouve pas d'interdiction spécifique du recours aux armes nucléaires dans les traités qui prohibent expressément l'emploi de certaines armes de destruction massive.

58. Au cours des deux dernières décennies, de nombreuses négociations ont été menées au sujet des armes nucléaires; elles n'ont pas abouti

general prohibition of the same kind as for bacteriological and chemical weapons. However, a number of specific treaties have been concluded in order to limit:

(*a*) the acquisition, manufacture and possession of nuclear weapons (Peace Treaties of 10 February 1947; State Treaty for the Re-establishment of an Independent and Democratic Austria of 15 May 1955; Treaty of Tlatelolco of 14 February 1967 for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America, and its Additional Protocols; Treaty of 1 July 1968 on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons; Treaty of Rarotonga of 6 August 1985 on the Nuclear-Weapon-Free Zone of the South Pacific, and its Protocols; Treaty of 12 September 1990 on the Final Settlement with respect to Germany);

(*b*) the deployment of nuclear weapons (Antarctic Treaty of 1 December 1959; Treaty of 27 January 1967 on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies; Treaty of Tlatelolco of 14 February 1967 for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America, and its Additional Protocols; Treaty of 11 February 1971 on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Sea-Bed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof; Treaty of Rarotonga of 6 August 1985 on the Nuclear-Weapon-Free Zone of the South Pacific, and its Protocols); and

(*c*) the testing of nuclear weapons (Antarctic Treaty of 1 December 1959; Treaty of 5 August 1963 Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and under Water; Treaty of 27 January 1967 on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies; Treaty of Tlatelolco of 14 February 1967 for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America, and its Additional Protocols; Treaty of Rarotonga of 6 August 1985 on the Nuclear-Weapon-Free Zone of the South Pacific, and its Protocols).

59. Recourse to nuclear weapons is directly addressed by two of these Conventions and also in connection with the indefinite extension of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons of 1968:

(*a*) the Treaty of Tlatelolco of 14 February 1967 for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America prohibits, in Article 1, the use of nuclear weapons by the Contracting Parties. It further includes an Additional Protocol II open to nuclear-weapon States outside the region, Article 3 of which provides:

> "The Governments represented by the undersigned Plenipotentiaries also undertake not to use or threaten to use nuclear weapons against the Contracting Parties of the Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America."

à un traité d'interdiction générale du même type que pour les armes bactériologiques et chimiques. Cependant, plusieurs traités spécifiques ont été conclus en vue de limiter:

a) l'acquisition, la fabrication et la possession d'armes nucléaires (traités de paix du 10 février 1947; traité d'Etat du 15 mai 1955 portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique; traité de Tlatelolco du 14 février 1967 visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine, et ses protocoles additionnels; traité du 1er juillet 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires; traité de Rarotonga du 6 août 1985 sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, et ses protocoles; traité du 12 septembre 1990 portant règlement définitif concernant l'Allemagne);

b) le déploiement d'armes nucléaires (traité du 1er décembre 1959 sur l'Antarctique; traité du 27 janvier 1967 sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes; traité de Tlatelolco du 14 février 1967 visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine, et ses protocoles additionnels; traité du 11 février 1971 interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol; traité de Rarotonga du 6 août 1985 sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, et ses protocoles);

c) les essais nucléaires (traité du 1er décembre 1959 sur l'Antarctique; traité du 5 août 1963 interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau; traité du 27 janvier 1967 sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes; traité de Tlatelolco du 14 février 1967 visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine, et ses protocoles additionnels; traité de Rarotonga du 6 août 1985 sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud, et ses protocoles).

59. Il a été traité directement du recours aux armes nucléaires dans deux de ces conventions, ainsi que dans le contexte de la prorogation illimitée du traité de 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires:

a) Le traité de Tlatelolco du 14 février 1967 visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine prohibe, en son article premier, l'emploi des armes nucléaires par les parties contractantes; il comporte en outre un protocole additionnel II ouvert aux Etats dotés d'armes nucléaires extérieurs à la région, dont l'article 3 dispose:

> «Les gouvernements représentés par les plénipotentiaires soussignés s'engagent en outre à ne recourir ni à l'emploi d'armes nucléaires ni à la menace de leur emploi contre les parties contractantes au traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine.»

The Protocol was signed and ratified by the five nuclear-weapon States. Its ratification was accompanied by a variety of declarations. The United Kingdom Government, for example, stated that "in the event of any act of aggression by a Contracting Party to the Treaty in which that Party was supported by a nuclear-weapon State", the United Kingdom Government would "be free to reconsider the extent to which they could be regarded as committed by the provisions of Additional Protocol II". The United States made a similar statement. The French Government, for its part, stated that it "interprets the undertaking made in article 3 of the Protocol as being without prejudice to the full exercise of the right of self-defence confirmed by Article 51 of the Charter". China reaffirmed its commitment not to be the first to make use of nuclear weapons. The Soviet Union reserved "the right to review" the obligations imposed upon it by Additional Protocol II, particularly in the event of an attack by a State party either "in support of a nuclear-weapon State or jointly with that State". None of these statements drew comment or objection from the parties to the Treaty of Tlatelolco.

(*b*) the Treaty of Rarotonga of 6 August 1985 establishes a South Pacific Nuclear Free Zone in which the Parties undertake not to manufacture, acquire or possess any nuclear explosive device (Art. 3). Unlike the Treaty of Tlatelolco, the Treaty of Rarotonga does not expressly prohibit the use of such weapons. But such a prohibition is for the States parties the necessary consequence of the prohibitions stipulated by the Treaty. The Treaty has a number of protocols. Protocol 2, open to the five nuclear-weapon States, specifies in its Article 1 that:

> "Each Party undertakes not to use or threaten to use any nuclear explosive device against:
>
> (*a*) Parties to the Treaty; or
> (*b*) any territory within the South Pacific Nuclear Free Zone for which a State that has become a Party to Protocol 1 is internationally responsible."

China and Russia are parties to that Protocol. In signing it, China and the Soviet Union each made a declaration by which they reserved the "right to reconsider" their obligations under the said Protocol; the Soviet Union also referred to certain circumstances in which it would consider itself released from those obligations. France, the United Kingdom and the United States, for their part, signed Protocol 2 on 25 March 1996, but have not yet ratified it. On that occasion, France declared, on the one hand, that no provision in that Protocol "shall impair the full exercise of the inherent right of self-defence provided for in Article 51 of the . . . Charter" and, on the other hand, that "the commitment set out in Article 1 of [that] Protocol amounts to the negative security assurances given by France to

Le protocole a été signé et ratifié par les cinq Etats dotés d'armes nucléaires. Sa ratification a été accompagnée de déclarations diverses. Le Royaume-Uni, par exemple, a déclaré que, «dans le cas d'un acte d'agression quelconque commis par une partie contractante au traité avec l'appui d'un Etat doté d'armes nucléaires», le Gouvernement britannique «serait libre de reconsidérer la mesure dans laquelle il pourrait être réputé engagé par les dispositions du protocole additionnel II». Les Etats-Unis ont fait une déclaration similaire. Le Gouvernement français a pour sa part déclaré qu'il «interprète l'engagement énoncé à l'article 3 du protocole comme ne faisant pas obstacle au plein exercice du droit de légitime défense confirmé par l'article 51 de la Charte». La Chine a réaffirmé son engagement de ne pas être la première à faire usage des armes nucléaires. L'Union soviétique s'est réservé «le droit de réexaminer» les obligations que lui impose le protocole additionnel II, notamment en cas d'agression perpétrée par un Etat partie au traité «soit conjointement avec un Etat doté d'armes nucléaires, soit pour aider un tel Etat». Aucune de ces déclarations n'a suscité de commentaire ni d'objection de la part des parties au traité de Tlatelolco.

b) Le traité de Rarotonga du 6 août 1985 crée dans le Pacifique Sud une zone dénucléarisée dans laquelle les parties s'engagent à ne pas fabriquer, acquérir ou posséder quelque dispositif explosif nucléaire que ce soit (art. 3). A la différence du traité de Tlatelolco, le traité de Rarotonga ne prohibe pas expressément l'emploi de ces armes. Mais une telle prohibition est pour les Etats parties la conséquence nécessaire des interdictions prononcées par le traité. Le traité comporte divers protocoles. Le protocole 2, ouvert aux cinq Etats dotés d'armes nucléaires, précise, en son article premier, que:

> «Chaque partie s'engage à ne pas utiliser ou menacer d'utiliser un dispositif explosif nucléaire quelconque contre:
>
> *a)* des parties au traité; ou
> *b)* tout territoire situé à l'intérieur de la zone dénucléarisée du Pacifique Sud dont un Etat qui est devenu partie au protocole I est internationalement responsable.»

La Chine et la Russie sont parties à ce protocole. En le signant, la Chine et l'Union soviétique ont chacune fait une déclaration par laquelle elles se sont réservé le «droit de réexaminer» leurs obligations en vertu dudit protocole; l'Union soviétique s'est en outre référée à certaines circonstances dans lesquelles elle se considérerait comme dégagée de ces obligations. Les Etats-Unis, la France et le Royaume-Uni ont, pour leur part, signé le protocole 2 le 25 mars 1996, mais ne l'ont pas encore ratifié. A cette occasion, la France a déclaré, d'une part, qu'aucune disposition de ce protocole «ne saurait porter atteinte au plein exercice du droit naturel de légitime défense prévu à l'article 51 de la Charte», et, d'autre part, que «l'engagement énoncé à l'article premier [dudit] protocole équivaut aux garanties

non-nuclear-weapon States which are parties to the Treaty on . . . Non-Proliferation", and that "these assurances shall not apply to States which are not parties" to that Treaty. For its part, the United Kingdom made a declaration setting out the precise circumstances in which it "will not be bound by [its] undertaking under Article I" of the Protocol.

(c) as to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, at the time of its signing in 1968 the United States, the United Kingdom and the USSR gave various security assurances to the non-nuclear-weapon States that were parties to the Treaty. In resolution 255 (1968) the Security Council took note with satisfaction of the intention expressed by those three States to

> "provide or support immediate assistance, in accordance with the Charter, to any non-nuclear-weapon State Party to the Treaty on the Non-Proliferation . . . that is a victim of an act of, or an object of a threat of, aggression in which nuclear weapons are used".

On the occasion of the extension of the Treaty in 1995, the five nuclear-weapon States gave their non-nuclear-weapon partners, by means of separate unilateral statements on 5 and 6 April 1995, positive and negative security assurances against the use of such weapons. All the five nuclear-weapon States first undertook not to use nuclear weapons against non-nuclear-weapon States that were parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons. However, these States, apart from China, made an exception in the case of an invasion or any other attack against them, their territories, armed forces or allies, or on a State towards which they had a security commitment, carried out or sustained by a non-nuclear-weapon State party to the Non-Proliferation Treaty in association or alliance with a nuclear-weapon State. Each of the nuclear-weapon States further undertook, as a permanent member of the Security Council, in the event of an attack with the use of nuclear weapons, or threat of such attack, against a non-nuclear-weapon State, to refer the matter to the Security Council without delay and to act within it in order that it might take immediate measures with a view to supplying, pursuant to the Charter, the necessary assistance to the victim State (the commitments assumed comprising minor variations in wording). The Security Council, in unanimously adopting resolution 984 (1995) of 11 April 1995, cited above, took note of those statements with appreciation. It also recognized

> "that the nuclear-weapon State permanent members of the Security Council will bring the matter immediately to the attention of the Council and seek Council action to provide, in accordance with the Charter, the necessary assistance to the State victim";

négatives de sécurité accordées par la France aux Etats non dotés d'armes nucléaires parties au traité sur la non-prolifération», et que «ces garanties ne sauraient s'appliquer à des Etats non parties» à ce traité. Quant au Royaume-Uni, il a fait une déclaration par laquelle il a précisé les circonstances dans lesquelles il «ne serait pas lié par ses engagements au titre de l'article premier» du même protocole.

c) En ce qui concerne le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, les Etats-Unis, le Royaume-Uni et l'URSS avaient donné, lors de la signature du traité en 1968, diverses garanties de sécurité aux Etats non dotés d'armes nucléaires qui y étaient parties. Dans sa résolution 255 (1968), le Conseil de sécurité avait accueilli avec satisfaction l'intention exprimée par ces trois Etats

> «de fournir ou d'appuyer une assistance immédiate, conformément à la Charte, à tout Etat non doté d'armes nucléaires partie au traité sur la non-prolifération ... qui serait victime d'un acte ou l'objet d'une menace d'agression avec emploi d'armes nucléaires».

A l'occasion de la prorogation du traité en 1995, les cinq Etats dotés d'armes nucléaires ont, par des déclarations unilatérales distinctes des 5 et 6 avril 1995, donné à leurs partenaires non dotés d'armes nucléaires des garanties de sécurité positives et négatives contre l'emploi de telles armes. Les cinq Etats dotés d'armes nucléaires se sont tous, en premier lieu, engagés à ne pas utiliser d'armes nucléaires contre des Etats non dotés de telles armes, parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires. Toutefois ces Etats, hormis la Chine, ont formulé une exception concernant le cas d'une invasion ou de toute autre attaque menée ou soutenue contre eux, leur territoire, leurs forces armées ou leurs alliés, ou contre un Etat envers lequel ils auraient un engagement de sécurité, par un Etat non doté d'armes nucléaires, partie au traité sur la non-prolifération, en alliance ou en association avec un Etat doté d'armes nucléaires. En tant que membre permanent du Conseil de sécurité, chacun des Etats dotés d'armes nucléaires s'est engagé en deuxième lieu, en cas d'agression avec emploi d'armes nucléaires, ou de menace d'une telle agression à l'encontre d'un Etat non doté d'armes nucléaires, à saisir sans délai le Conseil de sécurité et à agir en son sein pour que celui-ci prenne des mesures immédiates en vue de fournir, conformément à la Charte, l'assistance nécessaire à l'Etat victime (les formules employées variant légèrement). Le Conseil de sécurité, en adoptant à l'unanimité sa résolution 984 (1995) précitée du 11 avril 1995, a pris acte avec satisfaction de ces déclarations. Il a également reconnu

> «que les Etats dotés d'armes nucléaires qui sont membres permanents du Conseil de sécurité porteront immédiatement la question à l'attention du Conseil et s'emploieront à obtenir que celui-ci fournisse, conformément à la Charte, l'assistance nécessaire à l'Etat victime»

and welcomed the fact that

> "the intention expressed by certain States that they will provide or support immediate assistance, in accordance with the Charter, to any non-nuclear-weapon State Party to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons that is a victim of an act of, or an object of a threat of, aggression in which nuclear weapons are used".

60. Those States that believe that recourse to nuclear weapons is illegal stress that the conventions that include various rules providing for the limitation or elimination of nuclear weapons in certain areas (such as the Antarctic Treaty of 1959 which prohibits the deployment of nuclear weapons in the Antarctic, or the Treaty of Tlatelolco of 1967 which creates a nuclear-weapon-free zone in Latin America) or the conventions that apply certain measures of control and limitation to the existence of nuclear weapons (such as the 1963 Partial Test-Ban Treaty or the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons) all set limits to the use of nuclear weapons. In their view, these treaties bear witness, in their own way, to the emergence of a rule of complete legal prohibition of all uses of nuclear weapons.

61. Those States who defend the position that recourse to nuclear weapons is legal in certain circumstances see a logical contradiction in reaching such a conclusion. According to them, those Treaties, such as the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, as well as Security Council resolutions 255 (1968) and 984 (1995) which take note of the security assurances given by the nuclear-weapon States to the non-nuclear-weapon States in relation to any nuclear aggression against the latter, cannot be understood as prohibiting the use of nuclear weapons, and such a claim is contrary to the very text of those instruments. For those who support the legality in certain circumstances of recourse to nuclear weapons, there is no absolute prohibition against the use of such weapons. The very logic and construction of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, they assert, confirm this. This Treaty, whereby, they contend, the possession of nuclear weapons by the five nuclear-weapon States has been accepted, cannot be seen as a treaty banning their use by those States; to accept the fact that those States possess nuclear weapons is tantamount to recognizing that such weapons may be used in certain circumstances. Nor, they contend, could the security assurances given by the nuclear-weapon States in 1968, and more recently in connection with the Review and Extension Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons in 1995, have been conceived without its being supposed that there were circumstances in which nuclear weapons could be used in a lawful manner. For those who defend the legality of the use, in certain circumstances, of nuclear weapons, the acceptance of those instruments by the different non-nuclear-weapon States confirms and reinforces the evident logic upon which those instruments are based.

et s'est félicité de ce

> «que certains Etats aient exprimé l'intention de venir immédiatement en aide ou de prêter immédiatement un appui, conformément à la Charte, à tout Etat non doté d'armes nucléaires partie au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires qui serait victime d'un acte d'agression avec emploi d'armes nucléaires ou serait menacé d'une telle agression».

60. Les Etats qui estiment que le recours aux armes nucléaires est illicite soulignent que les conventions qui comportent diverses règles de limitation ou d'élimination de l'arme nucléaire dans des espaces déterminés (comme le traité de 1959 sur l'Antarctique qui interdit le déploiement des armes nucléaires dans l'Antarctique, ou le traité de Tlatelolco de 1967 qui crée une zone exempte d'armes nucléaires en Amérique latine) et les conventions qui appliquent des mesures de contrôle et de limitation à l'existence des armes nucléaires (comme le traité de 1963 sur l'interdiction partielle des essais nucléaires ou le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires) fixent toutes des limites à l'emploi d'armes nucléaires. Selon eux, ces traités témoignent à leur manière de l'émergence d'une norme de prohibition juridique complète de toute utilisation d'armes nucléaires.

61. Les Etats qui soutiennent que le recours aux armes nucléaires est licite dans certaines circonstances voient une contradiction logique dans une telle conclusion. Selon eux ces traités, tel le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, de même que les résolutions 255 (1968) et 984 (1995) du Conseil de sécurité, qui prennent acte des garanties de sécurité données par les Etats dotés d'armes nucléaires aux Etats qui n'en sont pas dotés en cas d'agression nucléaire contre ces derniers, ne sauraient être compris comme prohibant l'emploi d'armes nucléaires; et une telle prétention serait contraire à la lettre même de ces instruments. Pour les partisans de la licéité du recours aux armes nucléaires dans certaines circonstances, il n'existe aucune interdiction absolue d'utiliser de telles armes. La logique et la structure mêmes du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires le confirment. Ce traité, aux termes duquel, soutiennent-ils, la possession d'armes nucléaires par les cinq Etats qui en sont dotés a été acceptée, ne saurait être regardé comme un traité qui en proscrirait l'emploi par ces mêmes Etats; admettre le fait que ces Etats possèdent l'arme nucléaire reviendrait à reconnaître que cette arme peut être employée dans certaines circonstances. Quant aux garanties de sécurité données par les Etats dotés d'armes nucléaires en 1968 et, plus récemment, dans le contexte de la conférence de 1995 des parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires chargée d'examiner le traité et la question de sa prorogation, elles ne pourraient davantage être conçues sans présupposer qu'il existe des circonstances dans lesquelles des armes nucléaires pourraient être utilisées de manière licite. Pour les défenseurs de la licéité du recours aux armes nucléaires dans certaines circonstances, l'acceptation des instruments susvisés par les différents Etats non dotés d'armes nucléaires confirmerait et renforcerait la logique évidente sur laquelle se fondent ces instruments.

62. The Court notes that the treaties dealing exclusively with acquisition, manufacture, possession, deployment and testing of nuclear weapons, without specifically addressing their threat or use, certainly point to an increasing concern in the international community with these weapons; the Court concludes from this that these treaties could therefore be seen as foreshadowing a future general prohibition of the use of such weapons, but they do not constitute such a prohibition by themselves. As to the treaties of Tlatelolco and Rarotonga and their Protocols, and also the declarations made in connection with the indefinite extension of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, it emerges from these instruments that:

(*a*) a number of States have undertaken not to use nuclear weapons in specific zones (Latin America; the South Pacific) or against certain other States (non-nuclear-weapon States which are parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons);

(*b*) nevertheless, even within this framework, the nuclear-weapon States have reserved the right to use nuclear weapons in certain circumstances; and

(*c*) these reservations met with no objection from the parties to the Tlatelolco or Rarotonga Treaties or from the Security Council.

63. These two treaties, the security assurances given in 1995 by the nuclear-weapon States and the fact that the Security Council took note of them with satisfaction, testify to a growing awareness of the need to liberate the community of States and the international public from the dangers resulting from the existence of nuclear weapons. The Court moreover notes the signing, even more recently, on 15 December 1995, at Bangkok, of a Treaty on the Southeast Asia Nuclear-Weapon-Free Zone, and on 11 April 1996, at Cairo, of a treaty on the creation of a nuclear-weapons-free zone in Africa. It does not, however, view these elements as amounting to a comprehensive and universal conventional prohibition on the use, or the threat of use, of those weapons as such.

*

64. The Court will now turn to an examination of customary international law to determine whether a prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such flows from that source of law. As the Court has stated, the substance of that law must be "looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States" (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 29, para. 27).

65. States which hold the view that the use of nuclear weapons is illegal have endeavoured to demonstrate the existence of a customary rule prohibiting this use. They refer to a consistent practice of non-utilization of nuclear weapons by States since 1945 and they would see in that prac-

62. La Cour note que les traités qui portent exclusivement sur l'acquisition, la fabrication, la possession, le déploiement et la mise à l'essai d'armes nucléaires, sans traiter spécifiquement de la menace ou de l'emploi de ces armes, témoignent manifestement des préoccupations que ces armes inspirent de plus en plus à la communauté internationale; elle en conclut que ces traités pourraient en conséquence être perçus comme annonçant une future interdiction générale de l'utilisation desdites armes, mais ne comportent pas en eux-mêmes une telle interdiction. Pour ce qui est des traités de Tlatelolco et de Rarotonga et leurs protocoles, ainsi que des déclarations faites dans le contexte de la prorogation illimitée du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, il ressort de ces instruments:

a) qu'un certain nombre d'Etats se sont engagés à ne pas employer d'armes nucléaires dans certaines zones (Amérique latine, Pacifique Sud) ou contre certains autres Etats (Etats non dotés d'armes nucléaires parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires);

b) que toutefois, même dans ce cadre, les Etats dotés d'armes nucléaires se sont réservé le droit de recourir à ces armes dans certaines circonstances;

c) que ces réserves n'ont suscité aucune objection de la part des parties aux traités de Tlatelolco ou de Rarotonga, ou de la part du Conseil de sécurité.

63. Ces deux traités, les garanties de sécurité données en 1995 par les Etats dotés d'armes nucléaires et le fait que le Conseil de sécurité en ait pris acte avec satisfaction montrent que l'on se rend de mieux en mieux compte de la nécessité d'affranchir la communauté des Etats et le grand public international des dangers qui résultent de l'existence des armes nucléaires. La Cour relève d'ailleurs que tout récemment encore ont été signés, le 15 décembre 1995, à Bangkok, un traité sur la dénucléarisation du Sud-Est asiatique, et le 11 avril 1996, au Caire, un traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique. Elle ne regarde cependant pas ces éléments comme constitutifs d'une interdiction conventionnelle complète et universelle d'emploi ou de menace d'emploi de ces armes en tant que telles.

*

64. La Cour passera maintenant à l'examen du droit international coutumier à l'effet d'établir si on peut tirer de cette source de droit une interdiction de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles. Ainsi que la Cour l'a déclaré, la substance du droit international coutumier doit «être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des Etats» (*Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985*, p. 29, par. 27).

65. Les Etats qui soutiennent que l'utilisation d'armes nucléaires est illicite se sont employés à démontrer l'existence d'une règle coutumière portant interdiction de cette utilisation. Ils se réfèrent à une pratique constante de non-utilisation des armes nucléaires par les Etats depuis

tice the expression of an *opinio juris* on the part of those who possess such weapons.

66. Some other States, which assert the legality of the threat and use of nuclear weapons in certain circumstances, invoked the doctrine and practice of deterrence in support of their argument. They recall that they have always, in concert with certain other States, reserved the right to use those weapons in the exercise of the right to self-defence against an armed attack threatening their vital security interests. In their view, if nuclear weapons have not been used since 1945, it is not on account of an existing or nascent custom but merely because circumstances that might justify their use have fortunately not arisen.

67. The Court does not intend to pronounce here upon the practice known as the "policy of deterrence". It notes that it is a fact that a number of States adhered to that practice during the greater part of the Cold War and continue to adhere to it. Furthermore, the members of the international community are profoundly divided on the matter of whether non-recourse to nuclear weapons over the past 50 years constitutes the expression of an *opinio juris*. Under these circumstances the Court does not consider itself able to find that the e is such an *opinio juris*.

68. According to certain States, the important series of General Assembly resolutions, beginning with resolution 1653 (XVI) of 24 November 1961, that deal with nuclear weapons and that affirm, with consistent regularity, the illegality of nuclear weapons, signify the existence of a rule of international customary law which prohibits recourse to those weapons. According to other States, however, the resolutions in question have no binding character on their own account and are not declaratory of any customary rule of prohibition of nuclear weapons; some of these States have also pointed out that this series of resolutions not only did not meet with the approval of all of the nuclear-weapon States but of many other States as well.

69. States which consider that the use of nuclear weapons is illegal indicated that those resolutions did not claim to create any new rules, but were confined to a confirmation of customary law relating to the prohibition of means or methods of warfare which, by their use, overstepped the bounds of what is permissible in the conduct of hostilities. In their view, the resolutions in question did no more than apply to nuclear weapons the existing rules of international law applicable in armed conflict; they were no more than the "envelope" or *instrumentum* containing certain pre-existing customary rules of international law. For those States it is accordingly of little importance that the *instrumentum* should have occasioned negative votes, which cannot have the effect of obliterating those customary rules which have been confirmed by treaty law.

70. The Court notes that General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the exist-

1945 et veulent voir dans cette pratique l'expression d'une *opinio juris* des détenteurs de ces armes.

66. Certains autres Etats, qui affirment la licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires dans certaines circonstances, ont invoqué à l'appui de leur thèse la doctrine et la pratique de la dissuasion. Ils rappellent qu'ils se sont toujours réservé, de concert avec certains autres Etats, le droit d'utiliser ces armes dans l'exercice du droit de légitime défense contre une agression armée mettant en danger leurs intérêts vitaux en matière de sécurité. A leurs yeux, si les armes nucléaires n'ont pas été utilisées depuis 1945, ce n'est pas en raison d'une coutume existante ou en voie de création, mais simplement parce que les circonstances susceptibles de justifier leur emploi ne se sont heureusement pas présentées.

67. La Cour n'entend pas se prononcer ici sur la pratique dénommée «politique de dissuasion». Elle constate qu'il est de fait qu'un certain nombre d'Etats ont adhéré à cette pratique pendant la plus grande partie de la guerre froide et continuent d'y adhérer. De surcroît, les membres de la communauté internationale sont profondément divisés sur le point de savoir si le non-recours aux armes nucléaires pendant les cinquante dernières années constitue l'expression d'une *opinio juris*. Dans ces conditions, la Cour n'estime pas pouvoir conclure à l'existence d'une telle *opinio juris*.

68. Selon certains Etats, l'abondante série de résolutions de l'Assemblée générale qui, depuis la résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961, ont trait aux armes nucléaires et affirment avec une constante régularité l'illicéité des armes nucléaires traduit l'existence d'une règle de droit international coutumier qui prohibe le recours à ces armes. Selon d'autres Etats, cependant, ces résolutions n'ont aucun caractère obligatoire par elles-mêmes et ne sont déclaratoires d'aucune règle coutumière d'interdiction de l'arme nucléaire; certains de ces Etats ont également fait observer que cette série de résolutions non seulement n'a pas été approuvée par la totalité des Etats dotés d'armes nucléaires, mais ne l'a pas davantage été par de nombreux autres Etats.

69. Les Etats qui considèrent que l'emploi d'armes nucléaires est illicite ont indiqué que ces résolutions ne prétendaient pas créer de nouvelles règles, mais se bornaient à confirmer le droit coutumier relatif à la prohibition des moyens ou méthodes de guerre qui excèdent, par leur utilisation, les limites de ce qui est autorisé dans la conduite d'hostilités. Ils sont d'avis que les résolutions considérées n'ont fait qu'appliquer aux armes nucléaires les règles existantes du droit international applicable dans les conflits armés; elles n'auraient constitué que l'«enveloppe» ou l'*instrumentum* contenant des règles coutumières de droit international déjà existantes. Pour ces Etats, il importerait donc peu que l'*instrumentum* se soit heurté à des votes négatifs, qui ne peuvent avoir pour effet d'annihiler ces règles coutumières, confirmées par le droit conventionnel.

70. La Cour rappellera que les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des élé-

ence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio juris* exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule.

71. Examined in their totality, the General Assembly resolutions put before the Court declare that the use of nuclear weapons would be "a direct violation of the Charter of the United Nations"; and in certain formulations that such use "should be prohibited". The focus of these resolutions has sometimes shifted to diverse related matters; however, several of the resolutions under consideration in the present case have been adopted with substantial numbers of negative votes and abstentions; thus, although those resolutions are a clear sign of deep concern regarding the problem of nuclear weapons, they still fall short of establishing the existence of an *opinio juris* on the illegality of the use of such weapons.

72. The Court further notes that the first of the resolutions of the General Assembly expressly proclaiming the illegality of the use of nuclear weapons, resolution 1653 (XVI) of 24 November 1961 (mentioned in subsequent resolutions), after referring to certain international declarations and binding agreements, from the Declaration of St. Petersburg of 1868 to the Geneva Protocol of 1925, proceeded to qualify the legal nature of nuclear weapons, determine their effects, and apply general rules of customary international law to nuclear weapons in particular. That application by the General Assembly of general rules of customary law to the particular case of nuclear weapons indicates that, in its view, there was no specific rule of customary law which prohibited the use of nuclear weapons; if such a rule had existed, the General Assembly could simply have referred to it and would not have needed to undertake such an exercise of legal qualification.

73. Having said this, the Court points out that the adoption each year by the General Assembly, by a large majority, of resolutions recalling the content of resolution 1653 (XVI), and requesting the member States to conclude a convention prohibiting the use of nuclear weapons in any circumstance, reveals the desire of a very large section of the international community to take, by a specific and express prohibition of the use of nuclear weapons, a significant step forward along the road to complete nuclear disarmament. The emergence, as *lex lata*, of a customary rule specifically prohibiting the use of nuclear weapons as such is hampered by the continuing tensions between the nascent *opinio juris* on the one hand, and the still strong adherence to the practice of deterrence on the other.

* *

ments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle.

71. Si on les considère dans leur ensemble, les résolutions de l'Assemblée générale invoquées devant la Cour déclarent que l'emploi d'armes nucléaires serait «une violation directe de la Charte» et, dans certaines versions, que cet emploi «doit ... être interdit»; dans ces résolutions, l'Assemblée générale a parfois mis l'accent, plutôt, sur diverses questions connexes. Plusieurs résolutions dont il est question en l'espèce ont cependant été adoptées avec un nombre non négligeable de voix contre et d'abstentions. Ainsi, bien que lesdites résolutions constituent la manifestation claire d'une inquiétude profonde à l'égard du problème des armes nucléaires, elles n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes.

72. La Cour note par ailleurs que la première des résolutions de l'Assemblée générale à avoir proclamé expressément l'illicéité du recours à l'arme nucléaire — la résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961 (mentionnée dans des résolutions ultérieures) —, après avoir fait référence à certaines déclarations internationales et à certains accords obligatoires allant de la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 au protocole de Genève de 1925, a procédé à une qualification de la nature juridique de l'arme nucléaire, à une détermination de ses effets et à l'application de règles générales du droit international coutumier à l'arme nucléaire en particulier. Cette application par l'Assemblée de règles générales du droit coutumier au cas particulier de l'arme nucléaire indique qu'à ses yeux il n'existait pas de règle spécifique de droit coutumier interdisant l'emploi de l'arme nucléaire; si une telle règle avait existé, l'Assemblée générale aurait, en effet, pu se contenter de s'y référer et n'aurait pas eu à se livrer à un tel exercice de qualification juridique.

73. Cela étant, la Cour observera que l'adoption chaque année par l'Assemblée générale, à une large majorité, de résolutions rappelant le contenu de la résolution 1653 (XVI) et priant les Etats Membres de conclure une convention interdisant l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance est révélatrice du désir d'une très grande partie de la communauté internationale de franchir, par une interdiction spécifique et expresse de l'emploi de l'arme nucléaire, une étape significative sur le chemin menant au désarmement nucléaire complet. L'apparition, en tant que *lex lata*, d'une règle coutumière prohibant spécifiquement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles se heurte aux tensions qui subsistent entre, d'une part, une *opinio juris* naissante et, d'autre part, une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion.

* *

74. The Court not having found a conventional rule of general scope, nor a customary rule specifically proscribing the threat or use of nuclear weapons *per se*, it will now deal with the question whether recourse to nuclear weapons must be considered as illegal in the light of the principles and rules of international humanitarian law applicable in armed conflict and of the law of neutrality.

75. A large number of customary rules have been developed by the practice of States and are an integral part of the international law relevant to the question posed. The "laws and customs of war" — as they were traditionally called — were the subject of efforts at codification undertaken in The Hague (including the Conventions of 1899 and 1907), and were based partly upon the St. Petersburg Declaration of 1868 as well as the results of the Brussels Conference of 1874. This "Hague Law" and, more particularly, the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, fixed the rights and duties of belligerents in their conduct of operations and limited the choice of methods and means of injuring the enemy in an international armed conflict. One should add to this the "Geneva Law" (the Conventions of 1864, 1906, 1929 and 1949), which protects the victims of war and aims to provide safeguards for disabled armed forces personnel and persons not taking part in the hostilities. These two branches of the law applicable in armed conflict have become so closely interrelated that they are considered to have gradually formed one single complex system, known today as international humanitarian law. The provisions of the Additional Protocols of 1977 give expression and attest to the unity and complexity of that law.

76. Since the turn of the century, the appearance of new means of combat has — without calling into question the longstanding principles and rules of international law — rendered necessary some specific prohibitions of the use of certain weapons, such as explosive projectiles under 400 grammes, dum-dum bullets and asphyxiating gases. Chemical and bacteriological weapons were then prohibited by the 1925 Geneva Protocol. More recently, the use of weapons producing "non-detectable fragments", of other types of "mines, booby traps and other devices", and of "incendiary weapons", was either prohibited or limited, depending on the case, by the Convention of 10 October 1980 on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. The provisions of the Convention on "mines, booby traps and other devices" have just been amended, on 3 May 1996, and now regulate in greater detail, for example, the use of anti-personnel land mines.

77. All this shows that the conduct of military operations is governed by a body of legal prescriptions. This is so because "the right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited" as stated in Article 22 of the 1907 Hague Regulations relating to the laws and customs of war on land. The St. Petersburg Declaration had already condemned the use of weapons "which uselessly aggravate the suffering of

74. La Cour n'ayant pas trouvé de règle conventionnelle de portée générale, ni de règle coutumière interdisant spécifiquement la menace ou l'emploi des armes nucléaires en tant que telles, elle abordera maintenant la question de savoir si le recours aux armes nucléaires doit être considéré comme illicite au regard des principes et règles du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, ainsi que du droit de la neutralité.

75. De nombreuses règles coutumières se sont développées, de par la pratique des Etats, et font partie intégrante du droit international pertinent en l'espèce. Il s'agit des «lois et coutumes de la guerre» — selon l'expression traditionnelle — qui furent l'objet des efforts de codification entrepris à La Haye (conventions de 1899 et de 1907 notamment) et se fondaient partiellement sur la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 ainsi que sur les résultats de la conférence de Bruxelles de 1874. Ce «droit de La Haye», et notamment le règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, fixe les droits et les devoirs des belligérants dans la conduite des opérations et limite le choix des moyens de nuire à l'ennemi dans les conflits armés internationaux. Il convient d'y ajouter le «droit de Genève» (les conventions de 1864, de 1906, de 1929 et de 1949), qui protège les victimes de la guerre et vise à sauvegarder les membres des forces armées mis hors de combat et les personnes qui ne participent pas aux hostilités. Ces deux branches du droit applicable dans les conflits armés ont développé des rapports si étroits qu'elles sont regardées comme ayant fondé graduellement un seul système complexe, qu'on appelle aujourd'hui droit international humanitaire. Les dispositions des protocoles additionnels de 1977 expriment et attestent l'unité et la complexité de ce droit.

76. Dès le début du siècle, l'apparition de nouveaux moyens de combat a — sans pour autant remettre en question les anciens principes et règles du droit international — rendu nécessaires des interdictions spécifiques concernant l'emploi de certaines armes telles que les projectiles explosifs d'un poids inférieur à 400 grammes, les balles dum-dum et les gaz asphyxiants. Puis le protocole de Genève de 1925 a porté prohibition des armes chimiques et bactériologiques. Plus récemment, l'emploi d'armes produisant des «éclats non localisables», de certains types de «mines, pièges et autres dispositifs», ainsi que d'«armes incendiaires» a été, selon les cas, interdit ou limité par la convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination. Les dispositions de la convention concernant les «mines, pièges et autres dispositifs» viennent d'être amendées le 3 mai 1996 et réglementent désormais plus en détail, notamment, l'emploi des mines terrestres antipersonnel.

77. Il ressort de ce qui précède que la conduite d'opérations militaires est soumise à un ensemble de prescriptions juridiques. Il en est ainsi car «les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi», comme le précise l'article 22 du règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La déclaration de Saint-Pétersbourg avait déjà condamné l'«emploi d'armes qui

disabled men or make their death inevitable". The aforementioned Regulations relating to the laws and customs of war on land, annexed to the Hague Convention IV of 1907, prohibit the use of "arms, projectiles, or material calculated to cause unnecessary suffering" (Art. 23).

78. The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following. The first is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets. According to the second principle, it is prohibited to cause unnecessary suffering to combatants: it is accordingly prohibited to use weapons causing them such harm or uselessly aggravating their suffering. In application of that second principle, States do not have unlimited freedom of choice of means in the weapons they use.

The Court would likewise refer, in relation to these principles, to the Martens Clause, which was first included in the Hague Convention II with Respect to the Laws and Customs of War on Land of 1899 and which has proved to be an effective means of addressing the rapid evolution of military technology. A modern version of that clause is to be found in Article 1, paragraph 2, of Additional Protocol I of 1977, which reads as follows:

> "In cases not covered by this Protocol or by other international agreements, civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience."

In conformity with the aforementioned principles, humanitarian law, at a very early stage, prohibited certain types of weapons either because of their indiscriminate effect on combatants and civilians or because of the unnecessary suffering caused to combatants, that is to say, a harm greater than that unavoidable to achieve legitimate military objectives. If an envisaged use of weapons would not meet the requirements of humanitarian law, a threat to engage in such use would also be contrary to that law.

79. It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and "elementary considerations of humanity" as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the *Corfu Channel* case (*I.C.J. Reports 1949*, p. 22), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.

aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat, ou rendraient leur mort inévitable». Le règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre évoqué ci-dessus, qui est annexé à la convention IV de La Haye de 1907, interdit d'«employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus» (art. 23).

78. Les principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire sont les suivants. Le premier principe est destiné à protéger la population civile et les biens de caractère civil, et établit la distinction entre combattants et non-combattants; les Etats ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Selon le second principe, il ne faut pas causer des maux superflus aux combattants; il est donc interdit d'utiliser des armes leur causant de tels maux ou aggravant inutilement leurs souffrances; en application de ce second principe, les Etats n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient.

La Cour citera également, en relation avec ces principes, la clause de Martens, énoncée pour la première fois dans la convention II de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et qui s'est révélée être un moyen efficace pour faire face à l'évolution rapide des techniques militaires. Une version contemporaine de ladite clause se trouve à l'article premier, paragraphe 2, du protocole additionnel I de 1977, qui se lit comme suit:

> «Dans les cas non prévus par le présent protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique.»

Conformément aux principes susmentionnés, le droit humanitaire a très tôt banni certaines armes, soit parce qu'elles frappaient de façon indiscriminée les combattants et les populations civiles, soit parce qu'elles causaient aux combattants des souffrances inutiles, c'est-à-dire des souffrances supérieures aux maux inévitables que suppose la réalisation d'objectifs militaires légitimes. Dans le cas où l'emploi envisagé d'une arme ne satisferait pas aux exigences du droit humanitaire, la menace d'un tel emploi contreviendrait elle aussi à ce droit.

79. C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des «considérations élémentaires d'humanité», selon l'expression utilisée par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 rendu en l'affaire du *Détroit de Corfou* (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 22), que la convention IV de La Haye et les conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des Etats. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier.

80. The Nuremberg International Military Tribunal had already found in 1945 that the humanitarian rules included in the Regulations annexed to the Hague Convention IV of 1907 "were recognized by all civilized nations and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war" (*Trial of the Major War Criminals, 14 November 1945-1 October 1946*, Nuremberg, 1947, Vol. 1, p. 254).

81. The Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808 (1993), with which he introduced the Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, and which was unanimously approved by the Security Council (resolution 827 (1993)), stated:

> "In the view of the Secretary-General, the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law ...
>
> The part of conventional international humanitarian law which has beyond doubt become part of international customary law is the law applicable in armed conflict as embodied in: the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims; the Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and the Regulations annexed thereto of 18 October 1907; the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 9 December 1948; and the Charter of the International Military Tribunal of 8 August 1945."

82. The extensive codification of humanitarian law and the extent of the accession to the resultant treaties, as well as the fact that the denunciation clauses that existed in the codification instruments have never been used, have provided the international community with a corpus of treaty rules the great majority of which had already become customary and which reflected the most universally recognized humanitarian principles. These rules indicate the normal conduct and behaviour expected of States.

83. It has been maintained in these proceedings that these principles and rules of humanitarian law are part of *jus cogens* as defined in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969. The question whether a norm is part of the *jus cogens* relates to the legal character of the norm. The request addressed to the Court by the General Assembly raises the question of the applicability of the principles and rules of humanitarian law in cases of recourse to nuclear weapons and the consequences of that applicability for the legality of recourse to these weapons. But it does not raise the question of the character of the humanitarian law which would apply to the use of nuclear weapons. There is, therefore, no need for the Court to pronounce on this matter.

80. Déjà en 1945, le Tribunal militaire international de Nuremberg avait jugé que les règles humanitaires contenues dans le règlement annexé à la convention IV de La Haye de 1907 «étaient admises par tous les Etats civilisés et regardées par eux comme l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre» (*Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1er octobre 1946*, Nuremberg, 1947, vol. 1, p. 267).

81. Dans le rapport qu'il a établi en application du paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, par lequel il présentait le statut du tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 — rapport unanimement approuvé par le Conseil de sécurité (résolution 827 (1993)) —, le Secrétaire général déclarait ce qui suit :

> «De l'avis du Secrétaire général, l'application du principe *nullum crimen sine lege* exige que le Tribunal international applique des règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier.
>
> La partie du droit international humanitaire conventionnel qui est sans aucun doute devenue partie du droit international coutumier est le droit applicable aux conflits armés qui fait l'objet des instruments suivants : les conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre ; la convention de La Haye (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et les règles y annexées du 18 octobre 1907 ; la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 et le statut du Tribunal militaire international du 8 août 1945.»

82. La large codification du droit humanitaire et l'étendue de l'adhésion aux traités qui en ont résulté, ainsi que le fait que les clauses de dénonciation contenues dans les instruments de codification n'ont jamais été utilisées, ont permis à la communauté internationale de disposer d'un corps de règles conventionnelles qui étaient déjà devenues coutumières dans leur grande majorité et qui correspondaient aux principes humanitaires les plus universellement reconnus. Ces règles indiquent ce que sont les conduites et comportements normalement attendus des Etats.

83. Il a été soutenu au cours de la présente procédure que ces principes et règles du droit humanitaire font partie du *jus cogens* tel que le définit l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. La question de savoir si une règle fait partie du *jus cogens* a trait à la nature juridique de cette règle. La demande que l'Assemblée générale a adressée à la Cour soulève la question de l'applicabilité des principes et règles du droit humanitaire en cas de recours aux armes nucléaires, et celle des conséquences que cette applicabilité aurait sur la licéité du recours à ces armes ; mais elle ne soulève pas la question de savoir quelle serait la nature du droit humanitaire qui s'appliquerait à l'emploi des armes nucléaires. La Cour n'a donc pas à se prononcer sur ce point.

84. Nor is there any need for the Court to elaborate on the question of the applicability of Additional Protocol I of 1977 to nuclear weapons. It need only observe that while, at the Diplomatic Conference of 1974-1977, there was no substantive debate on the nuclear issue and no specific solution concerning this question was put forward, Additional Protocol I in no way replaced the general customary rules applicable to all means and methods of combat including nuclear weapons. In particular, the Court recalls that all States are bound by those rules in Additional Protocol I which, when adopted, were merely the expression of the pre-existing customary law, such as the Martens Clause, reaffirmed in the first article of Additional Protocol I. The fact that certain types of weapons were not specifically dealt with by the 1974-1977 Conference does not permit the drawing of any legal conclusions relating to the substantive issues which the use of such weapons would raise.

85. Turning now to the applicability of the principles and rules of humanitarian law to a possible threat or use of nuclear weapons, the Court notes that doubts in this respect have sometimes been voiced on the ground that these principles and rules had evolved prior to the invention of nuclear weapons and that the Conferences of Geneva of 1949 and 1974-1977 which respectively adopted the four Geneva Conventions of 1949 and the two Additional Protocols thereto did not deal with nuclear weapons specifically. Such views, however, are only held by a small minority. In the view of the vast majority of States as well as writers there can be no doubt as to the applicability of humanitarian law to nuclear weapons.

86. The Court shares that view. Indeed, nuclear weapons were invented after most of the principles and rules of humanitarian law applicable in armed conflict had already come into existence; the Conferences of 1949 and 1974-1977 left these weapons aside, and there is a qualitative as well as quantitative difference between nuclear weapons and all conventional arms. However, it cannot be concluded from this that the established principles and rules of humanitarian law applicable in armed conflict did not apply to nuclear weapons. Such a conclusion would be incompatible with the intrinsically humanitarian character of the legal principles in question which permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future. In this respect it seems significant that the thesis that the rules of humanitarian law do not apply to the new weaponry, because of the newness of the latter, has not been advocated in the present proceedings. On the contrary, the newness of nuclear weapons has been expressly rejected as an argument against the application to them of international humanitarian law:

> "In general, international humanitarian law bears on the threat or use of nuclear weapons as it does of other weapons.

84. La Cour n'a pas non plus à s'étendre sur la question de l'applicabilité aux armes nucléaires du protocole additionnel I de 1977. Il lui suffira d'observer que, si la conférence diplomatique de 1974-1977 n'a consacré aucun débat de fond à la question nucléaire et si aucune solution spécifique concernant cette question n'y a été avancée, le protocole additionnel I n'a en aucune manière remplacé les règles générales coutumières qui s'appliquaient à tous les moyens et à toutes les méthodes de combat, y compris les armes nucléaires. La Cour rappellera en particulier que tous les Etats sont liés par celles des règles du protocole additionnel I qui ne représentaient, au moment de leur adoption, que l'expression du droit coutumier préexistant, comme c'est le cas de la clause de Martens, réaffirmée à l'article premier dudit protocole. Le fait que la conférence de 1974-1977 n'ait pas traité spécifiquement de certains types d'armes ne permet de tirer aucune conclusion juridique quant aux problèmes de fond que le recours à ces armes soulèverait.

85. Passant ensuite à la question de l'applicabilité des principes et règles du droit humanitaire à la menace ou à l'emploi éventuels d'armes nucléaires, la Cour note que des doutes ont parfois été exprimés sur ce point, au motif que les principes et règles en question se sont développés avant l'invention des armes nucléaires et que les conférences de Genève de 1949 et de 1974-1977, qui ont adopté, respectivement, les quatre conventions de Genève de 1949 et les deux protocoles additionnels y relatifs, n'ont pas spécifiquement traité des armes nucléaires. Ce point de vue est toutefois très minoritaire. De l'avis de la grande majorité des Etats et de la doctrine, il ne fait aucun doute que le droit humanitaire s'applique aux armes nucléaires.

86. La Cour partage cet avis. Certes les armes nucléaires ont été inventées après l'apparition de la plupart des principes et règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés, les conférences de 1949 et de 1974-1977 n'ont pas traité de ces armes et celles-ci sont différentes des armes classiques tant sur le plan qualitatif que sur le plan quantitatif. On ne peut cependant en conclure que les principes et règles établis du droit humanitaire applicable dans les conflits armés ne s'appliquent pas aux armes nucléaires. Une telle conclusion méconnaîtrait la nature intrinsèquement humanitaire des principes juridiques en jeu, qui imprègnent tout le droit des conflits armés et s'appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes, celles du passé, comme celles du présent et de l'avenir. Il est significatif à cet égard que la thèse selon laquelle les règles du droit humanitaire ne s'appliqueraient pas aux armes nouvelles, en raison même de leur nouveauté, n'ait pas été invoquée en l'espèce. Tout au contraire, l'argument suivant lequel ces armes échapperaient par leur nouveauté au droit international humanitaire a été expressément rejeté en ces termes:

> «De manière générale, le droit international humanitaire s'applique à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires comme il s'applique à d'autres armes.

> International humanitarian law has evolved to meet contemporary circumstances, and is not limited in its application to weaponry of an earlier time. The fundamental principles of this law endure: to mitigate and circumscribe the cruelty of war for humanitarian reasons." (New Zealand, Written Statement, p. 15, paras. 63-64.)

None of the statements made before the Court in any way advocated a freedom to use nuclear weapons without regard to humanitarian constraints. Quite the reverse; it has been explicitly stated,

> "Restrictions set by the rules applicable to armed conflicts in respect of means and methods of warfare definitely also extend to nuclear weapons" (Russian Federation, CR 95/29, p. 52);

> "So far as the customary law of war is concerned, the United Kingdom has always accepted that the use of nuclear weapons is subject to the general principles of the *jus in bello*" (United Kingdom, CR 95/34, p. 45);

and

> "The United States has long shared the view that the law of armed conflict governs the use of nuclear weapons — just as it governs the use of conventional weapons" (United States of America, CR 95/34, p. 85).

87. Finally, the Court points to the Martens Clause, whose continuing existence and applicability is not to be doubted, as an affirmation that the principles and rules of humanitarian law apply to nuclear weapons.

*

88. The Court will now turn to the principle of neutrality which was raised by several States. In the context of the advisory proceedings brought before the Court by the WHO concerning the *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, the position was put as follows by one State:

> "The principle of neutrality, in its classic sense, was aimed at preventing the incursion of belligerent forces into neutral territory, or attacks on the persons or ships of neutrals. Thus: 'the territory of neutral powers is inviolable' (Article 1 of the Hague Convention (V) Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land, concluded on 18 October 1907); 'belligerents are bound to respect the sovereign rights of neutral powers . . .' (Article 1 to the Hague Convention (XIII) Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War, concluded on 18 October 1907); 'neutral states have equal interest in having their rights respected by belligerents . . .' (Preamble to Convention on Maritime

Le droit international humanitaire a évolué pour tenir compte des circonstances et son application ne se limite pas aux armements du passé. Les principes fondamentaux de ce droit demeurent : atténuer et limiter la cruauté de la guerre pour des raisons humanitaires. » (Nouvelle-Zélande, exposé écrit, p. 15, par. 63-64.)

Aucun des exposés présentés à la Cour n'a préconisé de quelque façon que ce soit la liberté de recourir aux armes nucléaires en dehors de toute contrainte humanitaire. Bien au contraire, il a été soutenu expressément ce qui suit :

« Les restrictions imposées par les règles applicables aux conflits armés en ce qui concerne les moyens et méthodes de guerre s'étendent assurément aux armes nucléaires » (Fédération de Russie, CR 95/29, p. 52);

« En ce qui concerne le droit coutumier de la guerre, le Royaume-Uni a toujours admis que l'emploi d'armes nucléaires est assujetti aux principes généraux du *jus in bello* » (Royaume-Uni, CR 95/34, p. 45);

et :

« Cela fait longtemps que les Etats-Unis pensent que le droit des conflits armés régit l'emploi d'armes nucléaires comme il régit d'ailleurs celui d'armes classiques » (Etats-Unis d'Amérique, CR 95/34, p. 85).

87. Enfin, la Cour voit dans la clause de Martens, qui continue indubitablement d'exister et d'être applicable, la confirmation que les principes et règles du droit humanitaire s'appliquent aux armes nucléaires.

*

88. La Cour abordera maintenant l'examen du principe de neutralité, qui a été évoqué par certains Etats. Dans le cadre de la procédure consultative engagée devant la Cour par l'OMS au sujet de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, la situation a été présentée comme suit par un Etat :

« Dans sa portée classique, le principe de neutralité était destiné à prévenir l'incursion de forces belligérantes sur le territoire d'un Etat neutre, ou bien les attaques dirigées contre les personnes ou les navires d'Etats neutres. C'est ainsi que « le territoire des puissances neutres est inviolable » (article premier de la convention V de La Haye concernant les droits et devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, conclue le 18 octobre 1907); « les belligérants sont tenus de respecter les droits souverains des puissances neutres... » (article premier de la convention XIII de La Haye concernant les droits et devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime, conclue le 18 octobre 1907); « les Etats neutres ont

> Neutrality, concluded on 20 February 1928). It is clear, however, that the principle of neutrality applies with equal force to transborder incursions of armed forces and to the transborder damage caused to a neutral State by the use of a weapon in a belligerent State." (Nauru, Written Statement (I), p. 35, IV E.)

The principle so circumscribed is presented as an established part of the customary international law.

89. The Court finds that as in the case of the principles of humanitarian law applicable in armed conflict, international law leaves no doubt that the principle of neutrality, whatever its content, which is of a fundamental character similar to that of the humanitarian principles and rules, is applicable (subject to the relevant provisions of the United Nations Charter), to all international armed conflict, whatever type of weapons might be used.

*

90. Although the applicability of the principles and rules of humanitarian law and of the principle of neutrality to nuclear weapons is hardly disputed, the conclusions to be drawn from this applicability are, on the other hand, controversial.

91. According to one point of view, the fact that recourse to nuclear weapons is subject to and regulated by the law of armed conflict does not necessarily mean that such recourse is as such prohibited. As one State put it to the Court:

> "Assuming that a State's use of nuclear weapons meets the requirements of self-defence, it must then be considered whether it conforms to the fundamental principles of the law of armed conflict regulating the conduct of hostilities" (United Kingdom, Written Statement, p. 40, para. 3.44);
>
> "the legality of the use of nuclear weapons must therefore be assessed in the light of the applicable principles of international law regarding the use of force and the conduct of hostilities, as is the case with other methods and means of warfare" (*ibid.*, p. 75, para. 4.2 (3));

and

> "The reality . . . is that nuclear weapons might be used in a wide variety of circumstances with very different results in terms of likely civilian casualties. In some cases, such as the use of a low yield nuclear weapon against warships on the High Seas or troops in sparsely populated areas, it is possible to envisage a nuclear attack which caused comparatively few civilian casualties. It is by no means the case that every use of nuclear weapons against a military objective would inevitably cause very great collateral civilian casualties."

le même intérêt à ce que leurs droits soient respectés par les belligérants...» (préambule à la convention concernant la neutralité maritime, conclue le 20 février 1928). Il est évident, cependant, que le principe de neutralité s'applique avec une force égale aux incursions transfrontières de forces armées et aux dommages transfrontières causés à un Etat neutre par l'utilisation d'une arme dans un Etat belligérant.» (Nauru, exposé écrit (I), p. 35, IV E.)

Le principe ainsi circonscrit est présenté comme un élément établi du droit international coutumier.

89. La Cour estime que, comme dans le cas des principes du droit humanitaire applicable dans les conflits armés, le droit international ne laisse aucun doute quant au fait que le principe de neutralité — quel qu'en soit le contenu —, qui a un caractère fondamental analogue à celui des principes et règles humanitaires, s'applique (sous réserve des dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies) à tous les conflits armés internationaux, quel que soit le type d'arme utilisé.

*

90. Si l'applicabilité aux armes nucléaires des principes et règles du droit humanitaire ainsi que du principe de neutralité n'est guère contestée, les conséquences qu'il y a lieu de tirer de cette applicabilité sont en revanche controversées.

91. Selon un point de vue, le fait que le recours aux armes nucléaires soit régi par le droit des conflits armés ne signifie pas nécessairement qu'il soit interdit en tant que tel. Comme un Etat l'a dit devant la Cour:

«A supposer que l'emploi d'armes nucléaires par un Etat réponde aux exigences de la légitime défense, encore faut-il considérer s'il respecte les principes fondamentaux du droit des conflits armés régissant la conduite des hostilités» (Royaume-Uni, exposé écrit, p. 40, par. 3.44);

«la licéité de l'utilisation d'armes nucléaires doit donc s'apprécier au regard des principes applicables du droit international concernant l'emploi de la force et la conduite des hostilités, comme c'est le cas pour les autres méthodes et moyens de guerre» (*ibid.*, p. 75, par. 4.2, 3);

et

«en réalité, les armes nucléaires peuvent être utilisées dans une large variété de circonstances, avec des résultats très différents du point de vue des pertes civiles probables. Dans certains cas, tel l'emploi d'une arme nucléaire de faible puissance contre des navires de guerre en haute mer ou sur des troupes dans une région à la population très clairsemée, il est possible d'envisager une attaque nucléaire produisant relativement peu de pertes civiles. Il n'est absolument pas exact que toute utilisation d'armes nucléaires contre un

(*Ibid.*, p. 53, para. 3.70; see also United States of America, CR 95/34, pp. 89-90.)

92. Another view holds that recourse to nuclear weapons could never be compatible with the principles and rules of humanitarian law and is therefore prohibited. In the event of their use, nuclear weapons would in all circumstances be unable to draw any distinction between the civilian population and combatants, or between civilian objects and military objectives, and their effects, largely uncontrollable, could not be restricted, either in time or in space, to lawful military targets. Such weapons would kill and destroy in a necessarily indiscriminate manner, on account of the blast, heat and radiation occasioned by the nuclear explosion and the effects induced; and the number of casualties which would ensue would be enormous. The use of nuclear weapons would therefore be prohibited in any circumstance, notwithstanding the absence of any explicit conventional prohibition. That view lay at the basis of the assertions by certain States before the Court that nuclear weapons are by their nature illegal under customary international law, by virtue of the fundamental principle of humanity.

93. A similar view has been expressed with respect to the effects of the principle of neutrality. Like the principles and rules of humanitarian law, that principle has therefore been considered by some to rule out the use of a weapon the effects of which simply cannot be contained within the territories of the contending States.

94. The Court would observe that none of the States advocating the legality of the use of nuclear weapons under certain circumstances, including the "clean" use of smaller, low yield, tactical nuclear weapons, has indicated what, supposing such limited use were feasible, would be the precise circumstances justifying such use; nor whether such limited use would not tend to escalate into the all-out use of high yield nuclear weapons. This being so, the Court does not consider that it has a sufficient basis for a determination on the validity of this view.

95. Nor can the Court make a determination on the validity of the view that the recourse to nuclear weapons would be illegal in any circumstance owing to their inherent and total incompatibility with the law applicable in armed conflict. Certainly, as the Court has already indicated, the principles and rules of law applicable in armed conflict — at the heart of which is the overriding consideration of humanity — make the conduct of armed hostilities subject to a number of strict requirements. Thus, methods and means of warfare, which would preclude any distinction between civilian and military targets, or which would result in unnecessary suffering to combatants, are prohibited. In view of the unique characteristics of nuclear weapons, to which the Court has referred above, the use of such weapons in fact seems scarcely reconcilable with respect for such requirements. Nevertheless, the Court considers that it

objectif militaire s'accompagnerait inévitablement de très lourdes pertes civiles.» (Royaume-Uni, exposé écrit, p. 53, par. 3.70; voir également Etats-Unis d'Amérique, CR 95/34, p. 89-90.)

92. Selon un autre point de vue, le recours aux armes nucléaires ne pourrait en aucun cas être compatible avec les principes et règles du droit humanitaire, et est donc interdit. Dans le cas où elles seraient employées, les armes nucléaires seraient en toute hypothèse dans l'incapacité de faire la distinction entre population civile et combattants ou entre biens de caractère civil et objectifs militaires, et leurs effets, largement incontrôlables, ne pourraient être restreints, ni dans le temps ni dans l'espace, à des cibles militaires légitimes. Ces armes tueraient et détruiraient d'une façon nécessairement indiscriminée du fait du souffle, de la chaleur et du rayonnement provoqués par l'explosion nucléaire et des effets induits de celle-ci; et le nombre de victimes qui s'ensuivrait serait énorme. L'utilisation de l'arme nucléaire serait donc prohibée en toute circonstance, et cela même en l'absence d'une interdiction conventionnelle explicite. C'est précisément en s'appuyant sur cette idée que certains Etats ont indiqué à la Cour que les armes nucléaires sont par leur nature illicites au regard du droit international coutumier, en vertu du principe fondamental d'humanité.

93. Une opinion analogue a été exprimée pour ce qui est des effets du principe de neutralité. Il a ainsi été soutenu par certains que ce principe, comme les principes et règles du droit humanitaire, prohiberait l'emploi d'une arme dont les effets ne pourraient être limités en toute certitude aux territoires des Etats en conflit.

94. La Cour relèvera qu'aucun des Etats qui soutiennent qu'il serait licite d'utiliser des armes nucléaires dans certaines circonstances, et notamment d'utiliser «proprement» des armes nucléaires plus petites, de faible puissance ou tactiques, n'a indiqué quelles seraient — à supposer que cet emploi limité soit réellement possible — les circonstances précises justifiant un tel emploi, ni démontré que cet emploi limité ne conduirait pas à une escalade vers un recours généralisé aux armes nucléaires de forte puissance. En l'état, la Cour n'estime pas disposer des bases nécessaires pour pouvoir se prononcer sur le bien-fondé de cette thèse.

95. La Cour ne peut davantage se prononcer sur le bien-fondé de la thèse selon laquelle le recours aux armes nucléaires serait illicite en toute circonstance du fait de l'incompatibilité inhérente et totale de ces armes avec le droit applicable dans les conflits armés. Certes, comme la Cour l'a déjà indiqué, les principes et règles du droit applicable dans les conflits armés — qui reposent essentiellement sur le principe primordial d'humanité — soumettent la conduite des hostilités armées à un certain nombre d'exigences strictes. Ainsi, les méthodes et moyens de guerre qui ne permettraient pas de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires, ou qui auraient pour effet de causer des souffrances inutiles aux combattants, sont interdits. Eu égard aux caractéristiques uniques des armes nucléaires auxquelles la Cour s'est référée ci-dessus, l'utilisation de ces armes n'apparaît effectivement guère conciliable avec le respect de telles exigences. Néan-

does not have sufficient elements to enable it to conclude with certainty that the use of nuclear weapons would necessarily be at variance with the principles and rules of law applicable in armed conflict in any circumstance.

96. Furthermore, the Court cannot lose sight of the fundamental right of every State to survival, and thus its right to resort to self-defence, in accordance with Article 51 of the Charter, when its survival is at stake.

Nor can it ignore the practice referred to as "policy of deterrence", to which an appreciable section of the international community adhered for many years. The Court also notes the reservations which certain nuclear-weapon States have appended to the undertakings they have given, notably under the Protocols to the Treaties of Tlatelolco and Rarotonga, and also under the declarations made by them in connection with the extension of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, not to resort to such weapons.

97. Accordingly, in view of the present state of international law viewed as a whole, as examined above by the Court, and of the elements of fact at its disposal, the Court is led to observe that it cannot reach a definitive conclusion as to the legality or illegality of the use of nuclear weapons by a State in an extreme circumstance of self-defence, in which its very survival would be at stake.

* * *

98. Given the eminently difficult issues that arise in applying the law on the use of force and above all the law applicable in armed conflict to nuclear weapons, the Court considers that it now needs to examine one further aspect of the question before it, seen in a broader context.

In the long run, international law, and with it the stability of the international order which it is intended to govern, are bound to suffer from the continuing difference of views with regard to the legal status of weapons as deadly as nuclear weapons. It is consequently important to put an end to this state of affairs: the long-promised complete nuclear disarmament appears to be the most appropriate means of achieving that result.

99. In these circumstances, the Court appreciates the full importance of the recognition by Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons of an obligation to negotiate in good faith a nuclear disarmament. This provision is worded as follows:

> "Each of the Parties to the Treaty undertakes to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament, and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control."

moins, la Cour considère qu'elle ne dispose pas des éléments suffisants pour pouvoir conclure avec certitude que l'emploi d'armes nucléaires serait nécessairement contraire aux principes et règles du droit applicable dans les conflits armés en toute circonstance.

96. La Cour ne saurait au demeurant perdre de vue le droit fondamental qu'a tout Etat à la survie, et donc le droit qu'il a de recourir à la légitime défense, conformément à l'article 51 de la Charte, lorsque cette survie est en cause.

Elle ne peut davantage ignorer la pratique dénommée «politique de dissuasion» à laquelle une partie appréciable de la communauté internationale a adhéré pendant des années. La Cour note aussi les réserves que certains Etats dotés d'armes nucléaires ont apportées aux engagements qu'ils ont pris, en vertu, notamment, des protocoles aux traités de Tlatelolco et de Rarotonga, ainsi que des déclarations faites par eux dans le cadre de la prorogation du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, de ne pas recourir à ces armes.

97. En conséquence, au vu de l'état actuel du droit international pris dans son ensemble, tel qu'elle l'a examiné ci-dessus, ainsi que des éléments de fait à sa disposition, la Cour est amenée à constater qu'elle ne saurait conclure de façon définitive à la licéité ou à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires par un Etat dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie même serait en cause.

* * *

98. Compte tenu des questions éminemment difficiles que soulève l'application à l'arme nucléaire du droit relatif à l'emploi de la force, et surtout du droit applicable dans les conflits armés, la Cour estime devoir examiner maintenant un autre aspect de la question posée, dans un contexte plus large.

A terme, le droit international et avec lui la stabilité de l'ordre international qu'il a pour vocation de régir ne peuvent que souffrir des divergences de vues qui subsistent aujourd'hui quant au statut juridique d'une arme aussi meurtrière que l'arme nucléaire. Il s'avère par conséquent important de mettre fin à cet état de choses: le désarmement nucléaire complet promis de longue date se présente comme le moyen privilégié de parvenir à ce résultat.

99. La Cour mesure dans ces circonstances toute l'importance de la consécration par l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires d'une obligation de négocier de bonne foi un désarmement nucléaire. Cette disposition est ainsi libellée:

> «Chacune des parties au traité s'engage à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace.»

The legal import of that obligation goes beyond that of a mere obligation of conduct; the obligation involved here is an obligation to achieve a precise result — nuclear disarmament in all its aspects — by adopting a particular course of conduct, namely, the pursuit of negotiations on the matter in good faith.

100. This twofold obligation to pursue and to conclude negotiations formally concerns the 182 States parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, or, in other words, the vast majority of the international community.

Virtually the whole of this community appears moreover to have been involved when resolutions of the United Nations General Assembly concerning nuclear disarmament have repeatedly been unanimously adopted. Indeed, any realistic search for general and complete disarmament, especially nuclear disarmament, necessitates the co-operation of all States.

101. Even the very first General Assembly resolution, unanimously adopted on 24 January 1946 at the London session, set up a commission whose terms of reference included making specific proposals for, among other things, "the elimination from national armaments of atomic weapons and of all other major weapons adaptable to mass destruction". In a large number of subsequent resolutions, the General Assembly has reaffirmed the need for nuclear disarmament. Thus, in resolution 808 A (IX) of 4 November 1954, which was likewise unanimously adopted, it concluded

> "that a further effort should be made to reach agreement on comprehensive and co-ordinated proposals to be embodied in a draft international disarmament convention providing for: . . . *(b)* The total prohibition of the use and manufacture of nuclear weapons and weapons of mass destruction of every type, together with the conversion of existing stocks of nuclear weapons for peaceful purposes."

The same conviction has been expressed outside the United Nations context in various instruments.

102. The obligation expressed in Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons includes its fulfilment in accordance with the basic principle of good faith. This basic principle is set forth in Article 2, paragraph 2, of the Charter. It was reflected in the Declaration on Friendly Relations between States (resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970) and in the Final Act of the Helsinki Conference of 1 August 1975. It is also embodied in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, according to which "[e]very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith".

Nor has the Court omitted to draw attention to it, as follows:

> "One of the basic principles governing the creation and perform-

La portée juridique de l'obligation considérée dépasse celle d'une simple obligation de comportement; l'obligation en cause ici est celle de parvenir à un résultat précis — le désarmement nucléaire dans tous ses aspects — par l'adoption d'un comportement déterminé, à savoir la poursuite de bonne foi de négociations en la matière.

100. Cette double obligation de négocier et de conclure concerne formellement les cent quatre-vingt-deux Etats parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, c'est-à-dire la très grande majorité de la communauté internationale.

C'est d'ailleurs pratiquement l'ensemble de cette communauté qui a paru concernée lorsqu'à diverses reprises des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies concernant le désarmement nucléaire ont été adoptées à l'unanimité. De fait, toute recherche réaliste d'un désarmement général et complet, en particulier nucléaire, nécessite la coopération de tous les Etats.

101. Déjà, la toute première résolution de l'Assemblée générale adoptée à l'unanimité le 24 janvier 1946 à la session de Londres, portait création d'une commission dont l'un des mandats consistait à présenter des propositions en vue notamment d'«éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives». Dans un grand nombre de résolutions ultérieures, l'Assemblée générale a réaffirmé la nécessité de ce désarmement nucléaire. Ainsi, dans sa résolution 808 A (IX) du 4 novembre 1954, adoptée également à l'unanimité, elle a estimé

> «qu'un nouvel effort [devait] être fait en vue d'aboutir à un accord sur des propositions complètes et coordonnées qui seraient incorporées dans un projet de convention internationale sur le désarmement prévoyant: ... *b*) L'interdiction complète de l'utilisation et de la fabrication des armes nucléaires et des armes de destruction massive de toute sorte, ainsi que la transformation à des fins pacifiques des stocks d'armes nucléaires existants.»

La même conviction a été exprimée en dehors du cadre des Nations Unies dans divers instruments.

102. L'obligation exprimée à l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires inclut sa propre exécution conformément au principe de bonne foi. Ce principe de base est énoncé à l'article 2, paragraphe 2, de la Charte. Il a été reflété dans la déclaration sur les relations amicales entre Etats (résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970) ainsi que dans l'acte final de la conférence d'Helsinki du 1er août 1975; il a aussi été incorporé à l'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, aux termes duquel «[t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi».

La Cour n'a pas non plus manqué d'évoquer ledit principe en ces termes:

> «L'un des principes de base qui président à la création et à l'exé-

> ance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential." (*Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 268, para. 46.)

103. In its resolution 984 (1995) dated 11 April 1995, the Security Council took care to reaffirm "the need for all States Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons to comply fully with all their obligations" and urged

> "all States, as provided for in Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to nuclear disarmament and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control which remains a universal goal"

The importance of fulfilling the obligation expressed in Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons was also reaffirmed in the final document of the Review and Extension Conference of the parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, held from 17 April to 12 May 1995.

In the view of the Court, it remains without any doubt an objective of vital importance to the whole of the international community today.

* * *

104. At the end of the present Opinion, the Court emphasizes that its reply to the question put to it by the General Assembly rests on the totality of the legal grounds set forth by the Court above (paragraphs 20 to 103), each of which is to be read in the light of the others. Some of these grounds are not such as to form the object of formal conclusions in the final paragraph of the Opinion; they nevertheless retain, in the view of the Court, all their importance.

* * *

105. For these reasons,

THE COURT,

(1) By thirteen votes to one,

Decides to comply with the request for an advisory opinion;

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Vice-President* Schwebel; *Judges* Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins;

AGAINST: *Judge* Oda;

cution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable » (*Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 268, par. 46.)

103. Dans sa résolution 984 (1995) en date du 11 avril 1995, le Conseil de sécurité a tenu à réaffirmer qu'il était «nécessaire que tous les Etats parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires s'acquittent pleinement de toutes leurs obligations» et a exhorté

> «tous les Etats à poursuivre de bonne foi, comme il est stipulé à l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, des négociations sur des mesures efficaces relatives au désarmement nucléaire et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace, qui demeure un objectif universel».

L'importance de l'exécution de l'obligation exprimée à l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires a aussi été réaffirmée dans le document final de la conférence des parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires chargée d'examiner le traité et la question de sa prorogation, qui s'est tenue du 17 avril au 12 mai 1995.

De l'avis de la Cour, il s'agit là indubitablement d'un objectif qui demeure vital pour l'ensemble de la communauté internationale d'aujourd'hui.

* * *

104. Au terme du présent avis, la Cour tient à souligner que sa réponse à la question qui lui a été posée par l'Assemblée générale repose sur l'ensemble des motifs qu'elle a exposés ci-dessus (paragraphes 20 à 103), lesquels doivent être lus à la lumière les uns des autres. Certains de ces motifs ne sont pas de nature à faire l'objet de conclusions formelles dans le paragraphe final de l'avis; ils n'en gardent pas moins, aux yeux de la Cour, toute leur importance.

* * *

105. Par ces motifs,

LA COUR,

1) Par treize voix contre une,

Décide de donner suite à la demande d'avis consultatif;

POUR: M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Mme Higgins, *juges*;

CONTRE: M. Oda, *juge*;

(2) *Replies* in the following manner to the question put by the General Assembly:

A. Unanimously,

There is in neither customary nor conventional international law any specific authorization of the threat or use of nuclear weapons;

B. By eleven votes to three,

There is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such;

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Vice-President* Schwebel; *Judges* Oda, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins;

AGAINST: *Judges* Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma;

C. Unanimously,

A threat or use of force by means of nuclear weapons that is contrary to Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter and that fails to meet all the requirements of Article 51, is unlawful;

D. Unanimously,

A threat or use of nuclear weapons should also be compatible with the requirements of the international law applicable in armed conflict, particularly those of the principles and rules of international humanitarian law, as well as with specific obligations under treaties and other undertakings which expressly deal with nuclear weapons;

E. By seven votes to seven, by the President's casting vote,

It follows from the above-mentioned requirements that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law;

However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake;

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Judges* Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo;

AGAINST: *Vice-President* Schwebel; *Judges* Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma, Higgins;

2) *Répond* de la manière suivante à la question posée par l'Assemblée générale:

A. A l'unanimité.

Ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel n'autorisent spécifiquement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires.

B. Par onze voix contre trois.

Ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles;

POUR: M. Bedjaoui, *Président*; M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Oda, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, M^me^ Higgins, *juges*;

CONTRE: MM. Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma, *juges*.

C. A l'unanimité.

Est illicite la menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires qui serait contraire à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies et qui ne satisferait pas à toutes les prescriptions de son article 51.

D. A l'unanimité.

La menace ou l'emploi d'armes nucléaires devrait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles des principes et règles du droit international humanitaire, ainsi qu'avec les obligations particulières en vertu des traités et autres engagements qui ont expressément trait aux armes nucléaires;

E. Par sept voix contre sept, par la voix prépondérante du Président,

Il ressort des exigences susmentionnées que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire;

Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause;

POUR: M. Bedjaoui, *Président*; MM. Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, *juges*;

CONTRE: M. Schwebel, *Vice-Président*; MM. Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma, M^me^ Higgins, *juges*;

F. Unanimously,

There exists an obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this eighth day of July, one thousand nine hundred and ninety-six, in two copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the other transmitted to the Secretary-General of the United Nations.

(*Signed*) Mohammed BEDJAOUI,
President.

(*Signed*) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

President BEDJAOUI, Judges HERCZEGH, SHI, VERESHCHETIN and FERRARI BRAVO append declarations to the Advisory Opinion of the Court.

Judges GUILLAUME, RANJEVA AND FLEISCHHAUER append separate opinions to the Advisory Opinion of the Court.

Vice-President SCHWEBEL, Judges ODA, SHAHABUDDEEN, WEERAMANTRY, KOROMA and HIGGINS append dissenting opinions to the Advisory Opinion of the Court.

(*Initialled*) M.B.
(*Initialled*) E.V.O.

F. A l'unanimité,

Il existe une obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le huit juillet mil neuf cent quatre-vingt-seize, en deux exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et l'autre sera transmis au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Le Président,
(*Signé*) Mohammed BEDJAOUI.

Le Greffier,
(*Signé*) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

M. BEDJAOUI, Président, et MM. HERCZEGH, SHI, VERESHCHETIN et FERRARI BRAVO, juges, joignent des déclarations à l'avis consultatif.

MM. GUILLAUME, RANJEVA et FLEISCHHAUER, juges, joignent à l'avis consultatif les exposés de leur opinion individuelle.

M. SCHWEBEL, Vice-Président, et MM. ODA, SHAHABUDDEEN, WEERAMANTRY, KOROMA et Mme HIGGINS, juges, joignent à l'avis consultatif les exposés de leur opinion dissidente.

(*Paraphé*) M.B.
(*Paraphé*) E.V.O.

DÉCLARATION DE M. BEDJAOUI

1. Les déclarations et autres opinions individuelles ou dissidentes n'ont jamais bénéficié de ma part d'une grande faveur. J'y ai donc très rarement recouru. Toutefois, l'adoption par la Cour du paragraphe 2 E du dispositif du présent avis grâce à la voix prépondérante dont je dispose en ma qualité de président, conformément à l'article 55 du Statut, est en soi un événement suffisamment exceptionnel pour m'inciter à me départir de ma réserve habituelle en la matière. Au demeurant, je considère le recours à cette déclaration moins comme l'exercice d'une simple faculté que comme l'accomplissement d'un véritable devoir, et ce tant en raison de la responsabilité que j'ai ainsi été amené à assumer dans l'exercice normal de mes fonctions de Président, que des enjeux du paragraphe susmentionné.

* * *

2. Avec l'arme nucléaire, l'humanité est comme en sursis. Ce terrifiant moyen de destruction massive fait partie, depuis un demi-siècle, de la *condition humaine*. L'arme nucléaire est entrée dans tous les calculs, dans tous les scénarios, dans tous les schémas. Depuis Hiroshima, un matin du 6 août 1945, la peur est peu à peu devenue la première nature de l'homme. Le parcours terrestre de celui-ci a pris l'aspect de ce que le Coran appelle «un long voyage nocturne», comme un cauchemar dont l'humanité ne parvient pas, à ce jour, à entrevoir la fin.

3. La Charte de l'Atlantique avait pourtant promis de «délivrer l'homme de la peur» et celle de San Francisco de «préserver les générations futures du fléau de la guerre». Un long chemin reste encore à parcourir pour exorciser cette nouvelle terreur de l'homme qui l'a fait renouer avec celle de ses ancêtres qui craignaient jadis la chute sur leur tête d'un ciel d'orage chargé de foudre. Mais la situation de l'homme du XX^{e} siècle se distingue, à bien des égards, de celle de son ancêtre: il est armé de connaissance; il s'expose de son propre fait à l'autodestruction; ses inquiétudes sont plus fondées. Pourtant doué de raison, l'homme n'a jamais été aussi déraisonnable; son destin se brouille; sa conscience s'obscurcit; sa vision se trouble et ses coordonnées éthiques tombent, comme feuilles mortes, de l'arbre de vie.

4. On reconnaîtra toutefois que l'homme a fait quelques efforts pour sortir de sa nuit noire. Ainsi, l'humanité paraît, aujourd'hui du moins, plus soulagée que dans les années quatre-vingt où elle se menaçait elle-même de la «guerre des étoiles». Le vent mortel d'une guerre cosmique, totale et hautement sophistiquée, qui désintégrerait notre planète, ris-

DECLARATION OF PRESIDENT BEDJAOUI

[Translation]

1. I have never been much in favour of declarations and other separate or dissenting opinions. I have therefore very rarely had recourse to them. However, the adoption by the Court of operative paragraph 2 E of this Opinion by my casting vote as President, in accordance with Article 55 of the Statute, is in itself a sufficiently exceptional event to prompt me to abandon my usual reticence in this matter. Moreover, I regard my recourse to this declaration less as the exercise of a mere option than as the discharge of a real duty, both on account of the responsibility which I have thus been led to assume in the normal exercise of my functions as President and in the light of the implications of the aforementioned paragraph.

* * *

2. With nuclear weapons, humanity is living on a kind of suspended sentence. For half a century now these terrifying weapons of mass destruction have formed part of the *human condition*. Nuclear weapons have entered into all calculations, all scenarios, all plans. Since Hiroshima, on the morning of 6 August 1945, fear has gradually become man's first nature. His life on earth has taken on the aspect of what the Koran calls "a long nocturnal journey", like a nightmare whose end he can not yet foresee.

3. However the Atlantic Charter did promise to "deliver mankind from fear", and the San Francisco Charter to "save succeeding generations from the scourge of war". Much still remains to be done to exorcise this new terror hanging over man, reminiscent of the terror of his ancestors, who feared being struck by a thunderbolt from the leaden, storm-laden skies. But twentieth-century man's situation differs in many ways from that of his ancestors: he is armed with knowledge; he lays himself open to self-destruction by his own doing; and his fears are better founded. Although endowed with reason, man has never been so unreasonable; his destiny is uncertain; his conscience is confused; his vision is clouded and his ethical co-ordinates are being shed, like dead leaves from the tree of life.

4. However, it must be acknowledged that man has made some attempts to emerge from the darkness of his night. Mankind therefore seems, today at any rate, more at ease than in the 1980s, when it subjected itself to the threat of "star wars". In those years the mortal blast of a space war, a war which would be total, highly sophisticated and

quait plus que jamais de souffler sur l'humanité ces années-là. Des engins en orbite dans la banlieue de la Terre pouvaient diriger leur gueule d'enfer nucléaire sur notre globe, pendant que des satellites militaires, de reconnaissance, d'observation, de surveillance ou de communication pouvaient se multiplier. Le *système mortifère* allait se mettre en place. Le «gouvernement universel de la mort», la «thanatocratie», comme l'avait appelée un spécialiste de l'histoire et de la philosophie des sciences, le Français Michel Serres, se disait prêt à installer ses batteries à toutes les périphéries de la planète. Mais heureusement la détente, puis la fin de la guerre froide, mirent un terme à ces préparatifs terrifiants.

5. Néanmoins, la prolifération du feu nucléaire n'est pas pour autant maîtrisée, et ce malgré l'existence du traité de non-prolifération. La peur et la folie peuvent encore à tout moment s'enlacer pour exécuter une danse macabre finale. L'humanité est d'autant plus vulnérable de nos jours, qu'elle est capable de produire des missiles nucléaires en grande quantité.

* * *

6. L'homme se fait à lui-même un chantage nucléaire pervers et permanent. Il faut savoir l'en délivrer. La Cour avait le devoir de prendre sa part, si minime soit-elle, de cette œuvre salvatrice pour l'humanité; elle l'a fait en toute conscience et en toute humilité, compte tenu des limites que lui imposent d'une part son Statut et d'autre part le droit international applicable.

7. Jamais, en effet, la Cour n'aura sans doute autant scruté les éléments les plus complexes d'un problème qu'à l'occasion de l'examen de celui des armes nucléaires. Dans l'élaboration du présent avis, la Cour a été guidée par le sens des responsabilités particulières qui sont les siennes et par sa volonté de dire le droit tel qu'il est, en ne cherchant ni à le noircir ni à l'embellir. Elle a entendu éviter toute tentation de le créer et elle n'est assurément pas sortie de son rôle en pressant les Etats de légiférer au plus vite pour parachever l'œuvre entreprise par eux jusqu'ici.

8. Cette très importante question des armes nucléaires s'est malheureusement révélée être un domaine où la Cour a dû constater qu'il n'existe pas de réponse immédiate et claire à la question qui lui était posée. Il faut espérer que la communauté internationale saura rendre justice à la Cour d'avoir rempli sa mission — même si sa réponse peut paraître insatisfaisante — et qu'elle s'attache au plus vite à corriger les imperfections d'un droit international qui n'est en définitive que la création des Etats eux-mêmes. Ces imperfections, la Cour aura eu au moins le mérite de les signaler et d'appeler la société internationale à y remédier.

9. Comme son avis consultatif l'atteste, la Cour n'a à aucun moment perdu de vue que l'arme nucléaire constitue un moyen potentiel de des-

would rend our planet asunder, was more likely than ever before to unfurl itself upon humanity. Missiles orbiting close to the Earth could point their infernal nuclear snouts at our globe, while military satellites — for reconnaissance, observation, surveillance or communication — proliferated. The *lethal system* was about to be established. The "universal government of death", the "thanatocracy", as the French historian and philosopher of science Michel Serres once called it, said it was ready to set up its batteries in the furthest reaches of the planet. But luckily détente, followed by the ending of the cold war, put a stop to these terrifying preparations.

5. Nevertheless, the proliferation of nuclear firepower has still not been brought under control, despite the existence of the Non-Proliferation Treaty. Fear and folly may still link hands at any moment to perform a final dance of death. Humanity is all the more vulnerable today for being capable of mass producing nuclear missiles.

* * *

6. Man is subjecting himself to a perverse and unremitting nuclear blackmail. The question is how to deliver him from it. The Court had a duty to play its part, however small, in this rescue operation for humanity: it did so in all conscience and all humility, bearing in mind the limits imposed upon it by both its Statute and the applicable international law.

7. Indeed, the Court has probably never subjected the most complex elements of a problem to such close scrutiny as it did when considering the problem of nuclear weapons. In the drafting of this Opinion the Court was guided by a sense of its own particular responsibilities and by its wish to state the law as it is, seeking neither to denigrate nor embellish it. It sought to avoid any temptation to create new law and it certainly did not overplay its role by urging States to legislate as quickly as possible to complete the work which they have done so far.

8. This very important question of nuclear weapons proved alas to be an area in which the Court had to acknowledge that there is no immediate and clear answer to the question put to it. It is to be hoped that the international community will give the Court credit for having carried out its mission — even if its reply may seem unsatisfactory — and will endeavour as quickly as possible to correct the imperfections of an international law which is ultimately no more than the creation of the States themselves. The Court will at least have had the merit of pointing out these imperfections and calling upon international society to correct them.

9. As its Advisory Opinion shows, at no time did the Court lose sight of the fact that nuclear weapons constitute a potential means of destruc-

truction de l'humanité tout entière. Pas un instant, elle n'a omis de prendre en compte cet enjeu éminemment vital pour la survie de l'humanité. Le drame de conscience auquel les uns et les autres ont été confrontés se reflète à bien des égards dans le présent avis. Mais la Cour ne pouvait à l'évidence pas aller au-delà de ce que dit le droit. Elle ne pouvait pas dire ce que celui-ci ne dit pas.

10. Au terme de son avis, la Cour s'est ainsi bornée à un constat, tout en se trouvant dans l'incapacité d'aller au-delà. Certains ne manqueront pas d'interpréter le paragraphe 2 E du dispositif comme envisageant la possibilité pour les Etats de recourir à l'arme nucléaire dans des circonstances exceptionnelles. Pour ma part, et eu égard à ce qui précède, je me sens en conscience obligé de faire une lecture différente de ce paragraphe, qui m'a permis d'apporter mon soutien à ce texte. Je m'en explique ci-après.

* * *

11. Je ne saurais assez insister sur le fait que l'incapacité de la Cour de dépasser le constat auquel elle est parvenue ne peut en aucune manière être interprétée comme une porte entrouverte par celle-ci à la reconnaissance de la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires.

12. La jurisprudence de l'affaire du *Lotus*, que certains ne manqueront pas de ressusciter, mérite d'être très fortement relativisée dans le contexte particulier de la question faisant l'objet du présent avis consultatif. On exagérerait l'importance et on déformerait la portée de cette décision de la Cour permanente si on l'isolait du contexte particulier, à la fois judiciaire et temporel, dans lequel elle est intervenue. La décision en question exprimait sans aucun doute *l'air du temps*, celui d'une société internationale encore très peu institutionnalisée et régie par un droit international de stricte coexistence, lui-même reflet de la vigueur du principe de la souveraineté de l'Etat.

13. Il est à peine besoin de souligner que la physionomie de la société internationale contemporaine est sensiblement différente. En dépit de la percée encore limitée du «supranationalisme», on ne saurait nier les progrès enregistrés au niveau de l'institutionnalisation, voire de l'intégration et de la «mondialisation», de la société internationale. On en verra pour preuve la multiplication des organisations internationales, la substitution progressive d'un droit international de coopération au droit international classique de la coexistence, l'émergence du concept de «communauté internationale» et les tentatives parfois couronnées de succès de subjectivisation de cette dernière. De tout cela, on peut trouver le témoignage dans la place que le droit international accorde désormais à des concepts tels que celui d'obligations *erga omnes*, de règles de *jus cogens* ou de patrimoine commun de l'humanité. A l'approche résolument positiviste,

tion of all mankind. Not for a moment did it fail to take into account this eminently crucial factor for the survival of mankind. The moral dilemma which confronted individual consciences finds many a reflection in this Opinion. But the Court could obviously not go beyond what the law says. It could not say what the law does not say.

10. Accordingly, at the end of its Opinion, the Court confined itself to stating the situation, finding itself unable to do any more than this. There are some who will inevitably interpret operative paragraph 2 E as contemplating the possibility of States using nuclear weapons in exceptional circumstances. For my part, and in the light of the foregoing, I feel obliged in all honesty to construe that paragraph differently, a fact which has enabled me to support the text. My reasons are set out below.

* * *

11. I cannot sufficiently emphasize that the Court's inability to go beyond this statement of the situation can in no way be interpreted to mean that it is leaving the door ajar to recognition of the legality of the threat or use of nuclear weapons.

12. The Court's decision in the *"Lotus"* case, which some people will inevitably resurrect, should be understood to be of very limited application in the particular context of the question which is the subject of this Advisory Opinion. It would be to exaggerate the importance of that decision of the Permanent Court and to distort its scope were it to be divorced from the particular context, both judicial and temporal, in which it was taken. No doubt this decision expressed *the spirit of the times*, the spirit of an international society which as yet had few institutions and was governed by an international law of strict co-existence, itself a reflection of the vigour of the principle of State sovereignty.

13. It scarcely needs to be said that the face of contemporary international society is markedly altered. Despite the still modest breakthrough of "supra-nationalism", the progress made in terms of the institutionalization, not to say integration and "globalization", of international society is undeniable. Witness the proliferation of international organizations, the gradual substitution of an international law of co-operation for the traditional international law of co-existence, the emergence of the concept of "international community" and its sometimes successful attempts at subjectivization. A token of all these developments is the place which international law now accords to concepts such as obligations *erga omnes*, rules of *jus cogens*, or the common heritage of mankind. The resolutely positivist, voluntarist approach of international law still current at the beginning of the century — and which the Permanent

volontariste du droit international qui prévalait encore au début du siècle — et à laquelle la Cour permanente n'a d'ailleurs pas manqué d'apporter son soutien dans l'arrêt susmentionné[1] — s'est substituée une conception objective du droit international, ce dernier se voulant plus volontiers le reflet d'un état de conscience juridique collective et une réponse aux nécessités sociales des Etats organisés en communauté. A l'évolution de la société internationale elle-même, il convient d'ajouter les progrès enregistrés dans le domaine technologique, qui rendent désormais possible une éradication totale et pratiquement instantanée du genre humain.

14. Par ailleurs, au-delà des éléments de temps et de contexte, tout distingue la décision de la Cour permanente de l'avis de la présente Cour: la nature du problème posé, les enjeux du prononcé et la philosophie sous-jacente aux conclusions retenues. En 1927, la Cour permanente, dans le cadre de l'examen d'une question d'importance beaucoup plus modeste, était en effet arrivée à la conclusion qu'un comportement non expressément interdit par le droit international se trouve autorisé de ce seul fait[2]. Dans le présent avis, au contraire, la Cour ne conclut ni à la licéité ni à l'illicéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire; des incertitudes quant au droit et aux faits, elle n'infère aucune liberté en la matière. Elle ne suggère pas davantage qu'une telle licence pourrait de quelque manière que ce soit en être déduite. Alors que la Cour permanente avait actionné le seul feu vert de l'autorisation, n'ayant trouvé dans le droit international aucune raison d'actionner le feu rouge de l'interdiction, la Cour actuelle ne s'estime en mesure de n'actionner ni l'un ni l'autre de ces signaux.

15. Ainsi, la Cour, dans le présent avis, fait preuve de beaucoup plus de circonspection que sa devancière dans l'affaire du *Lotus*, quand elle affirme aujourd'hui que ce qui n'est pas expressément prohibé par le droit international n'est pas pour autant autorisé.

---

[1] « Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. » (Affaire du « *Lotus* », *arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10*, p. 18.)

[2] « La Cour doit donc, en tout état de cause, examiner s'il existe, oui ou non, une règle de droit international limitant la liberté des Etats d'étendre la juridiction pénale de leurs tribunaux à une situation réunissant les circonstances du cas d'espèce » (*ibid.*, p. 21);

et la Cour de conclure:

> « Il y a donc lieu de constater qu'aucun principe de droit international, dans le sens de l'article 15 de la Convention de Lausanne du 24 juillet 1923, ne s'oppose à l'exercice des poursuites pénales dont il s'agit. En conséquence, la Turquie, en intentant, en vertu de la liberté que le droit international laisse à tout Etat souverain, les poursuites pénales en question, n'a pu, en l'absence de pareils principes, agir en contradiction des principes du droit international aux termes du compromis. » (*Ibid.*, p. 31.)

Court did not fail to endorse in the aforementioned Judgment[1] — has been replaced by an objective conception of international law, a law more readily seeking to reflect a collective juridical conscience and respond to the social necessities of States organized as a community. Added to the evolution of international society itself is progress in the technological sphere, which now makes possible the total and virtually instantaneous eradication of the human race.

14. Furthermore, apart from the time and context factors, there is everything to distinguish the decision of the Permanent Court from the Advisory Opinion of the present Court: the nature of the problem posed, the implications of the Court's pronouncement, and the underlying philosophy of the submissions upheld. In 1927, the Permanent Court, when considering a much less important question, in fact concluded that behaviour not expressly prohibited by international law was authorized by that fact alone[2]. In the present Opinion, on the contrary, the Court does not find the threat or use of nuclear weapons to be either legal or illegal; from the uncertainties surrounding the law and the facts it does not infer any freedom to take a position. Nor does it suggest that such licence could in any way whatever be deduced therefrom. Whereas the Permanent Court gave the green light of authorization, having found in international law no reason for giving the red light of prohibition, the present Court does not feel able to give a signal either way.

15. Thus the Court, in this Opinion, is far more circumspect than its predecessor in the *"Lotus"* case in asserting today that what is not expressly prohibited by international law is not therefore authorized.

---

[1] "International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims." (*"Lotus", Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 18.)

[2] "The Court therefore must, in any event, ascertain whether or not there exists a rule of international law limiting the freedom of States to extend the criminal jurisdiction of their courts to a situation uniting the circumstances of the present case" (*ibid.*, p. 21);

and the Court concluded:

> "It must therefore be held that there is no principle of international law, within the meaning of Article 15 of the Convention of Lausanne of July 24th, 1923, which precludes the institution of the criminal proceedings under consideration. Consequently, Turkey, by instituting, in virtue of the discretion which international law leaves to every sovereign State, the criminal proceedings in question, has not, in the absence of such principles, acted in a manner contrary to the principles of international law within the meaning of the special agreement." (*Ibid.*, p. 31.)

16. Tout en ne se prononçant ni pour la licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire, ni pour leur illicéité, la Cour prend acte, dans son avis, de l'existence d'un processus très avancé de mutation du droit international en la matière, ou, en d'autres termes, d'une tendance actuelle à la substitution d'une norme de droit international à une autre, la première n'existant pas encore et la seconde n'existant déjà plus. Encore une fois, si la Cour, en tant qu'organe judiciaire, a estimé ne pas pouvoir aller au-delà d'un tel constat, les Etats ne sauraient y voir, à mon avis, une quelconque autorisation d'agir à leur guise.

17. La Cour est évidemment consciente du caractère à première vue insatisfaisant de sa réponse à l'Assemblée générale. Cependant, si la Cour peut laisser l'impression à certains qu'elle s'est arrêtée à mi-chemin de la tâche qui lui a été confiée, je suis au contraire d'avis qu'elle a rempli sa mission en allant, dans sa réponse à la question posée, jusqu'où les éléments à sa disposition lui permettaient d'aller.

18. Dans la seconde phrase du paragraphe 2 E du dispositif de l'avis, la Cour indique qu'elle est parvenue à un point de son raisonnement qu'elle ne peut dépasser qu'en s'exposant au risque d'adopter une conclusion qui irait au-delà de ce qui lui paraît légitime. C'est là la position de la Cour en tant que corps judiciaire. Nombre de juges ont adhéré à cette position mais sans doute chacun avec une approche et une interprétation qui lui sont propres. On aura sûrement observé que la répartition des voix, tant en faveur que contre le paragraphe 2 E, n'a nullement obéi à un clivage géographique, ce qui est un signe d'indépendance des membres de la Cour, que je me plais à souligner. Ayant ainsi expliqué le sens qu'il y a lieu de reconnaître selon moi au prononcé de la Cour, je voudrais maintenant revenir brièvement sur les raisons de fond qui m'ont amené à y adhérer.

* * *

19. Le droit international humanitaire est un corpus de règles particulièrement exigeant et ces dernières ont vocation à s'appliquer en toutes circonstances. La Cour l'a pleinement reconnu.

20. Les armes nucléaires paraissent bien — du moins dans l'état actuel de la science — de nature à faire des victimes indiscriminées, confondant combattants et non-combattants et causant de surcroît des souffrances inutiles aux uns comme aux autres. *L'arme nucléaire, arme aveugle, déstabilise donc par nature le droit humanitaire, droit du discernement dans l'utilisation des armes. L'arme nucléaire, mal absolu, déstabilise le droit humanitaire en tant que droit du moindre mal. Ainsi l'existence même de l'arme nucléaire constitue un grand défi à l'existence même du droit humanitaire*, sans compter les effets à long terme dommageables pour l'environnement humain dans le respect duquel *le droit à la vie* peut s'exercer. A moins que la science ne parvienne à découvrir l'arme nucléaire *« propre »* qui frapperait le combattant en épargnant le non-combattant, il est clair que l'arme nucléaire a des effets indiscriminés et constitue un défi

16. While not finding either in favour of or against the legality of the threat or use of nuclear weapons, the Court takes note, in its Opinion, of the existence of a very advanced process of change in the relevant international law or, in other words, of a current trend towards the replacement of one rule of international law by another, where the first is already defunct and its successor does not yet exist. Once again, if the Court as a judicial body felt that it could do no more than register this fact, States should not, in my view, see in this any authorization whatever to act as they please.

17. The Court is obviously aware that, at first sight, its reply to the General Assembly is unsatisfactory. However, while the Court may leave some people with the impression that it has left the task assigned to it half completed, I am on the contrary persuaded that it has discharged its duty by going as far, in its reply to the question put to it, as the elements at its disposal would permit.

18. In the second sentence of operative paragraph 2 E of the Advisory Opinion, the Court indicates that it has reached a point in its reasoning beyond which it cannot proceed without running the risk of adopting a conclusion which would go beyond what seems to it to be legitimate. That is the position of the Court as a judicial body. Some of the Judges supported this position, though no doubt each with an approach and an interpretation of their own. It will certainly have been noted that the distribution of the votes, both for and against paragraph 2 E, was in no way consistent with any geographical split; this is a mark of the independence of the Members of the Court which I am happy to emphasize. Having thus explained the construction which I believe should be put on the Court's pronouncement, I would now like to revert briefly to the substantive reasons which prompted me to support it.

* * *

19. International humanitarian law is a particularly exacting corpus of rules, and these rules are meant to be applied in all circumstances. The Court has fully recognized this fact.

20. Nuclear weapons can be expected — in the present state of scientific development at least — to cause indiscriminate victims among combatants and non-combatants alike, as well as unnecessary suffering among both categories. *By its very nature the nuclear weapon, a blind weapon, therefore has a destabilizing effect on humanitarian law, the law of discrimination which regulates discernment in the use of weapons. Nuclear weapons, the ultimate evil, destabilize humanitarian law which is the law of the lesser evil. The existence of nuclear weapons is therefore a major challenge to the very existence of humanitarian law*, not to mention their long-term harmful effects on the human environment, in respecting which *the right to life* may be exercised. Until scientists are able to develop a *"clean"* nuclear weapon which would distinguish between combatants and non-combatants, nuclear weapons will clearly have indiscriminate

absolu au droit humanitaire. *Guerre nucléaire et droit humanitaire paraissent par conséquent deux antithèses qui s'excluent radicalement, l'existence de l'un supposant nécessairement l'inexistence de l'autre.*

21. Il ne fait pas de doute pour moi que la plupart des principes et règles du droit humanitaire et, en tout cas, les deux principes interdisant l'un l'emploi des armes à effets indiscriminés et l'autre celui des armes causant des maux superflus font partie du *jus cogens*. La Cour a évoqué cette question dans le présent avis; mais elle a toutefois déclaré qu'elle n'avait pas à se prononcer sur ce point dans la mesure où la question de la nature du droit humanitaire applicable aux armes nucléaires ne rentrait pas dans le cadre de la demande que lui a adressée l'Assemblée générale des Nations Unies. La Cour n'en a pas moins expressément considéré ces règles fondamentales comme «des règles intransgressibles du droit international coutumier»[3].

22. Le droit à la survie de l'Etat est lui aussi un droit fondamental et s'apparente, à maints égards, à un droit «naturel». Cependant, la légitime défense — fût-elle exercée dans des conditions extrêmes mettant en cause la survie même d'un Etat — ne peut engendrer une situation dans laquelle un Etat s'exonérerait lui-même du respect des normes «intransgressibles» du droit international humanitaire. Il peut donc se produire, dans certaines circonstances, une opposition irréductible, une collision frontale de principes fondamentaux dont l'un ne saurait se réduire à l'autre. Il reste que l'emploi de l'arme nucléaire par un Etat dans des circonstances où sa survie est en jeu risque à son tour de mettre en danger la survie de l'humanité tout entière, précisément du fait de l'engrenage de la terreur et de l'escalade dans l'emploi de telles armes. On manquerait par conséquent de la plus élémentaire prudence si on plaçait sans hésitation la survie d'un Etat au-dessus de toutes autres considérations, et en particulier au-dessus de la survie de l'humanité elle-même.

* * *

23. Comme la Cour l'a reconnu, l'obligation de négocier de bonne foi un désarmement nucléaire concerne les quelque cent quatre-vingt-deux Etats parties au traité de non-prolifération. Il me paraît pour ma part possible d'aller au-delà de cette conclusion et d'affirmer qu'il existe en

[3] Voir le paragraphe 79 de l'avis ainsi libellé:

«C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des «considérations élémentaires d'humanité», selon l'expression utilisée par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 rendu en l'affaire du *Détroit de Corfou* (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 22), que la convention IV de La Haye et les conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des Etats. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'*elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier*.» (Les italiques sont de moi.)

effects and constitute an absolute challenge to humanitarian law. *Atomic warfare and humanitarian law therefore appear to be mutually exclusive, the existence of the one automatically implying the non-existence of the other.*

21. I have no doubt that most of the principles and rules of humanitarian law and, in any event, the two principles, one of which prohibits the use of weapons with indiscriminate effects and the other the use of arms causing unnecessary suffering, form part of *jus cogens*. The Court raised this question in the present Opinion; but it nevertheless stated that it did not have to make a finding on the point since the question of the nature of the humanitarian law applicable to nuclear weapons did not fall within the framework of the request addressed to it by the General Assembly of the United Nations. Nonetheless, the Court expressly stated the view that these fundamental rules constitute "intransgressible principles of international customary law"[1].

22. A State's right to survival is also a fundamental law, similar in many respects to a "natural" law. However, self-defence — if exercised in extreme circumstances in which the very survival of a State is in question — cannot produce a situation in which a State would exonerate itself from compliance with the "intransgressible" norms of international humanitarian law. In certain circumstances, therefore, a relentless opposition can arise, a head-on collision of fundamental principles, neither one of which can be reduced to the other. The fact remains that the use of nuclear weapons by a State in circumstances in which its survival is at stake risks in its turn endangering the survival of all mankind, precisely because of the inextricable link between terror and escalation in the use of such weapons. It would thus be quite foolhardy unhesitatingly to set the survival of a State above all other considerations, in particular above the survival of mankind itself.

* * *

23. As the Court has acknowledged, the obligation to negotiate in good faith for nuclear disarmament concerns the 182 or so States parties to the Non-Proliferation Treaty. I think one can go beyond that conclusion and assert that there is in fact a twofold *general obligation*, oppos-

[1] See paragraph 79 of the Advisory Opinion, which reads:

"It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and 'elementary considerations of humanity' as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the *Corfu Channel* case (*I.C.J. Reports 1949*, p. 22), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because *they constitute intransgressible principles of international customary law*." (Emphasis added.)

réalité une double *obligation générale*, opposable *erga omnes*, de négocier de bonne foi et de parvenir au résultat recherché. Il n'est en effet pas déraisonnable de penser qu'eu égard à l'unanimité, au moins formelle, qui prévaut en ce domaine cette double obligation de négocier de bonne foi et de parvenir au résultat prévu a désormais revêtu, après cinquante ans, *un caractère coutumier*. Pour le reste, je partage entièrement l'opinion de la Cour quant à la portée juridique de cette obligation. Je me contenterai seulement de souligner une fois encore toute l'importance du but à atteindre compte tenu en particulier des incertitudes qui subsistent encore. La Cour devait à l'évidence le dire. Eu égard au lien très étroit que cette question entretient, par le fait des choses, avec celle de la licéité ou de l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, on ne saurait reprocher à la Cour d'avoir statué *ultra petita*. Cette dernière notion est en tout état de cause étrangère à la procédure consultative.

* * *

24. La solution dégagée par le présent avis consultatif fait le constat sans complaisance de la réalité juridique, tout en exprimant et traduisant fidèlement l'espoir, partagé par tous, peuples et Etats, que *le but ultime de toute action dans le domaine des armes nucléaires restera toujours le désarmement nucléaire, que ce but n'est plus utopique et qu'il est du devoir de tous de le rechercher plus activement que jamais*. De l'existence de cette volonté d'engagement dépend le destin de l'homme car, comme l'écrivait Albert Einstein, *« le sort de l'humanité sera celui qu'elle méritera »*[4].

(Signé) Mohammed BEDJAOUI.

---

[4] Albert Einstein, *Comment je vois le monde* (traduction du colonel Cros), Paris, Flammarion, p. 84.

able *erga omnes*, to negotiate in good faith and to achieve the desired result. Indeed, it is not unreasonable to think that, considering the at least formal unanimity in this field, this twofold obligation to negotiate in good faith and achieve the desired result has now, 50 years on, acquired *a customary character*. For the rest, I fully share the Court's opinion as to the legal scope of this obligation. I would merely stress once again the great importance of the goal to be attained, particularly in view of the uncertainties which still persist. The Court patently had to say this. Owing to the, by the nature of things, very close link between this question and the question of the legality or illegality of the threat or use of nuclear weapons, the Court cannot be reproached for having reached a finding *ultra petita*, a notion which in any event is alien to the advisory procedure.

* * *

24. The solution arrived at in this Advisory Opinion frankly states the legal reality, while faithfully expressing and reflecting the hope, shared by all, peoples and States alike, that *nuclear disarmament will always remain the ultimate goal of all action in the field of nuclear weapons, that the goal is no longer utopian and that it is the duty of all to seek to attain it more actively than ever*. The destiny of man depends on the will to enter into this commitment, for as Albert Einstein wrote, *"The fate of the world will be such as the world deserves."*[4]

(*Signed*) Mohammed BEDJAOUI.

---

[4] Albert Einstein, *The World as I See It* (trans. by Alan Harris), abridged ed., 1949, Philosophical Library, New York, p. 63.

DÉCLARATION DE M. HERCZEGH

Selon l'article 9 du Statut de la Cour internationale de Justice, les membres de celle-ci «assurent dans l'ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde». En conséquence, il est inévitable que des différences d'approche théorique surgissent entre eux concernant les traits caractéristiques du système du droit international et de ses branches, l'existence ou la non-existence de lacunes dans ce système et la solution des conflits éventuels entre ses règles, ainsi que d'autres questions plus ou moins fondamentales. La préparation d'un avis consultatif sur la question fort complexe posée par l'Assemblée générale au sujet de la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires «en toute circonstance» a mis en relief les différentes conceptions du droit international qui existent au sein de la Cour. La diversité de ces conceptions a empêché celle-ci de pouvoir arriver à une solution plus complète, et partant à un résultat plus satisfaisant. La rédaction des motifs comme celle des conclusions de l'avis consultatif reflètent ces divergences. Il convient toutefois de noter que la Cour, sur plusieurs points très importants, s'est exprimée de manière unanime.

A mon avis, l'état actuel du droit international aurait cependant permis, dans le cadre de l'avis consultatif, la formulation d'une réponse plus précise et moins chargée d'incertitudes et d'hésitations à la demande de l'Assemblée générale. Dans les domaines où l'on ne trouve pas d'interdiction complète et universelle de certains actes «en tant que tels», l'application des principes généraux du droit permet de régler le comportement des sujets de l'ordre juridique international, les obligeant ou les autorisant, selon le cas, à s'abstenir ou à agir d'une manière ou d'une autre. Les principes fondamentaux du droit international humanitaire, correctement mis en valeur dans les motifs de l'avis consultatif, interdisent d'une manière catégorique et sans équivoque l'emploi des armes de destruction massive et, parmi celles-ci, des armes nucléaires. Le droit international humanitaire ne connaît pas d'exception à ces principes.

Je considère que la Cour aurait dû éviter entièrement de traiter de la question des représailles en temps de conflits armés, dont un examen minutieux aurait, à mon avis, dépassé le cadre de la demande soumise par l'Assemblée générale. En l'état, la Cour a pensé utile de mentionner la question dans son avis, mais l'a fait de manière trop brève, ce qui risque de donner lieu à des interprétations hâtives et mal fondées.

Les rapports entre les points C et E, tels qu'ils apparaissent à l'alinéa 2 du paragraphe 105 de l'avis consultatif, ne semblent pas tout à fait clairs, et la cohérence de leur contenu respectif n'apparaît pas parfaite. La menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires doit, selon le

DECLARATION OF JUDGE HERCZEGH

[Translation]

According to Article 9 of the Statute of the International Court of Justice, "the representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world should be assured" in the membership of the Court. It is inevitable therefore that differences of theoretical approach will arise between the Members concerning the characteristic features of the system of international law and of its branches, the presence or absence of gaps in this system, and the resolution of possible conflicts between its rules, as well as on relatively fundamental issues. The preparation of an advisory opinion on the highly complex question put by the General Assembly concerning the legality of the threat or use of nuclear weapons "in any circumstance" has highlighted the different conceptions of international law within the Court. The diversity of these conceptions prevented the Court from finding a more complete solution and therefore a more satisfactory result. The wording of the reasons and the conclusions of the Advisory Opinion reflects these divergences. It must nevertheless be noted that the Court pronounced unanimously on several very important points.

In my view, however, in the present state of international law it would have been possible to formulate in the Advisory Opinion a more specific reply to the General Assembly's request, one less burdened with uncertainty and reticence. In the fields where certain acts are not totally and universally prohibited "as such", the application of the general principles of law makes it possible to regulate the behaviour of subjects of the international legal order, obliging or authorizing them, as the case may be, to act or refrain from acting in one way or another. The fundamental principles of international humanitarian law, rightly emphasized in the reasons of the Advisory Opinion, categorically and unequivocally prohibit the use of weapons of mass destruction, including nuclear weapons. International humanitarian law does not recognize any exceptions to these principles.

I believe that the Court should have completely avoided dealing with the question of reprisals in time of armed conflict, for a detailed consideration, in my view, would have been beyond the scope of the request submitted by the General Assembly. As it happened, the Court saw fit to mention the question in its Opinion, but did so too briefly, thus perhaps encouraging hasty and unjustified interpretations.

The relationship between paragraphs 2 C and 2 E of paragraph 105 of the Advisory Opinion is not entirely clear, and their respective content does not seem wholly consistent. According to paragraph 2 C, the threat or use of force by means of nuclear weapons must satisfy "all the require-

point C, satisfaire «à toutes les prescriptions» de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, qui concerne le droit naturel de légitime défense, tandis que la seconde phrase du point E indique que

> «la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause».

Or, le libellé de cette dernière phrase n'est pas à mon avis aisément conciliable avec la référence faite auparavant à «toutes les prescriptions» de l'article 51 de la Charte. Les paragraphes 40 et 41 de l'avis ont précisé que le droit de recourir à la légitime défense est soumis à des restrictions et qu'il existe une «règle spécifique ... bien établie en droit international coutumier» selon laquelle «la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter». Je pense que la Cour aurait pu faire de cette constatation l'objet de conclusions formelles au paragraphe 105 de l'avis consultatif, qui aurait ainsi gagné en précision.

L'une des nombreuses tâches assignées à l'Assemblée générale vise — selon l'article 13 de la Charte des Nations Unies — «le développement progressif du droit international et sa codification». Transformer, par voie de codification, des principes généraux du droit et des règles coutumières en règles de droit conventionnel pourrait exclure certaines des faiblesses inhérentes au droit coutumier et pourrait sûrement contribuer à mettre fin aux controverses qui ont préludé à la demande d'avis adressée à la Cour par l'Assemblée générale quant à la licéité ou à l'illicéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, et cela en attendant le désarmement nucléaire complet sous un contrôle international strict et efficace.

J'ai voté en faveur du point E de l'alinéa 2 du paragraphe 105 de l'avis, bien que j'estime que ledit point aurait pu résumer d'une manière plus précise l'état actuel du droit international quant à la question de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires «en toute circonstance». En effet, voter contre ce point aurait signifié prendre une position négative vis-à-vis de certaines conclusions essentielles — exprimées également dans cet avis et auxquelles le point E fait allusion — que je fais miennes entièrement.

(*Signé*) Geza HERCZEGH.

ments" of Article 51 of the Charter of the United Nations, concerning natural law and self-defence, whereas the second sentence of paragraph 2 E states that

> "However . . . the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake."

In my view, the wording of this sentence cannot easily be reconciled with the earlier reference to "all the requirements" of Article 51 of the Charter. Paragraphs 40 and 41 of the Opinion stated that the entitlement to resort to self-defence is subject to certain constraints and that there is "a specific rule . . . well established in customary international law" whereby "self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it". I think that the Court could have made this statement the subject of formal conclusions in paragraph 105 of the Advisory Opinion, thus rendering it more specific.

One of the many tasks assigned to the General Assembly — under Article 13 of the Charter of the United Nations — is "the progressive development of international law and its codification". The transformation, by means of codification, of the general principles of law and customary rules into rules of treaty law might remove some of the weaknesses inherent in customary law and could certainly help to put an end to the disputes which led up to the request for an opinion addressed to the Court by the General Assembly as to the legality or illegality of the threat or use of nuclear weapons, pending complete nuclear disarmament under strict and effective international control.

I voted in favour of paragraph 2 E of paragraph 105 of the Opinion, although I think that it could have summarized more accurately the current state of international law regarding the question of the threat or use of nuclear weapons "in any circumstance". In fact, to have voted against this paragraph would have meant adopting a negative stance on certain essential conclusions — also set forth in this Opinion and alluded to in paragraph 2 E — which I fully endorse.

(*Signed*) Geza HERCZEGH.

DECLARATION OF JUDGE SHI

I have voted in favour of the operative paragraphs of the Advisory Opinion of the Court, because I am generally in agreement with its reasoning and conclusions.

However, I have reservations with regard to the role which the Court assigns to the policy of deterrence in determining *lex lata* on the use of nuclear weapons.

Thus, for instance, paragraph 67 of the Opinion states

> "It [the Court] notes that it is a fact that a number of States adhered to that practice during the greater part of the Cold War and continue to adhere to it. Furthermore, the members of the international community are profoundly divided on the matter of whether non-recourse to nuclear weapons over the past 50 years constitutes the expression of an *opinio juris*. Under these circumstances the Court does not consider itself able to find that there is such an *opinio juris*."

Then in the crucial paragraph 96 it is stated

> "nor can it [the Court] ignore the practice referred to as 'policy of deterrence', to which an appreciable section of the international community adhered for many years".

In my view, "nuclear deterrence" is an instrument of policy which certain nuclear-weapon States use in their relations with other States and which is said to prevent the outbreak of a massive armed conflict or war, and to maintain peace and security among nations. Undoubtedly, this practice of certain nuclear-weapon States is within the realm of international politics, not that of law. It has no legal significance from the standpoint of the formation of a customary rule prohibiting the use of nuclear weapons as such. Rather, the policy of nuclear deterrence should be an object of regulation by law, not vice versa. The Court, when exercising its judicial function of determining a rule of existing law governing the use of nuclear weapons, simply cannot have regard to this policy practice of certain States as, if it were to do so, it would be making the law accord with the needs of the policy of deterrence. The Court would not only be confusing policy with law, but also taking a legal position with respect to the policy of nuclear deterrence, thus involving itself in international politics — which would be hardly compatible with its judicial function.

Also, leaving aside the nature of the policy of deterrence, this "appreciable section of the international community" adhering to the policy of

DÉCLARATION DE M. SHI

[Traduction]

J'ai voté pour l'ensemble du dispositif de l'avis consultatif donné par la Cour car j'approuve d'un manière générale les motifs sur lesquels il se fonde et les conclusions auxquelles il aboutit.

J'ai toutefois des réserves à formuler au sujet du rôle que la Cour attribue à la politique de dissuasion dans la détermination de la *lex lata* relative à l'emploi des armes nucléaires.

C'est ainsi, par exemple, que le paragraphe 67 de l'avis précise:

> «Elle [la Cour] constate qu'il est de fait qu'un certain nombre d'Etats ont adhéré à cette pratique pendant la plus grande partie de la guerre froide et continuent d'y adhérer. De surcroît, les membres de la communauté internationale sont profondément divisés sur le point de savoir si le non-recours aux armes nucléaires pendant les cinquante dernières années constitue l'expression d'une *opinio juris*. Dans ces conditions, la Cour n'estime pas pouvoir conclure à l'existence d'une telle *opinio juris*.»

Plus loin il est dit au paragraphe 96, qui est essentiel:

> «Elle [la Cour] ne peut davantage ignorer la pratique dénommée «politique de dissuasion» à laquelle une partie appréciable de la communauté internationale a adhéré pendant des années.»

Selon moi, la «dissuasion nucléaire» est un instrument de politique que certains Etats dotés d'armes nucléaires utilisent dans leurs relations avec d'autres Etats et qui serait censée empêcher le déclenchement de conflits armés ou de guerres de grande ampleur et maintenir la paix et la sécurité entre les nations. Il ne fait aucun doute que cette pratique de certains Etats détenteurs de l'arme nucléaire relève de la politique internationale et non du droit. Elle est sans valeur juridique du point de vue de la formation d'une règle coutumière interdisant le recours aux armes nucléaires en tant que telles. C'est le droit qui devrait réglementer la politique de dissuasion nucléaire et non pas l'inverse. Lorsque, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, elle doit définir une règle de droit existante applicable à l'emploi des armes nucléaires, la Cour ne saurait tenir compte de la politique ainsi pratiquée par certains Etats car, si elle le faisait, elle mettrait le droit en accord avec les exigences de la politique de dissuasion. Non seulement la Cour confondrait politique et droit, mais elle définirait une position juridique à l'égard de la politique de dissuasion, intervenant ainsi dans la politique internationale, ce qui ne serait guère compatible avec sa fonction judiciaire.

En outre, si on laisse de côté la nature de la politique de dissuasion, on voit que cette «partie appréciable de la communauté internationale» qui

deterrence is composed of certain nuclear-weapon States and those States that accept the protection of the "nuclear umbrella". No doubt, these States are important and powerful members of the international community and play an important role on the stage of international politics. However, the Court, as the principal judicial organ of the United Nations, cannot view this "appreciable section of the international community" in terms of material power. The Court can only have regard to it from the standpoint of international law. Today the international community of States has a membership of over 185 States. The appreciable section of this community to which the Opinion refers by no means constitutes a large proportion of that membership, and the structure of the international community is built on the principle of sovereign equality. Therefore, any undue emphasis on the practice of this "appreciable section" would not only be contrary to the very principle of sovereign equality of States, but would also make it more difficult to give an accurate and proper view of the existence of a customary rule on the use of the weapon.

(*Signed*) SHI Jiuyong.

adhère à cette politique se compose de certains Etats dotés d'armes nucléaires et des Etats qui acceptent la protection du «parapluie nucléaire». Certes, ces Etats sont des membres importants et puissants de la communauté internationale et jouent un grand rôle sur la scène internationale. Il reste que la Cour, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, ne saurait considérer cette «partie appréciable de la communauté internationale» sous l'angle de la puissance matérielle. Elle ne peut que l'envisager du point de vue du droit international. La communauté internationale des Etats compte aujourd'hui plus de cent quatre-vingt-cinq Etats. La partie appréciable de cette communauté, mentionnée dans l'avis, ne constitue nullement une fraction considérable de cet ensemble, la structure de la communauté internationale reposant sur le principe de l'égalité souveraine. En conséquence, en accordant une importance indue à la pratique de cette «partie appréciable», non seulement on irait à l'encontre du principe même de l'égalité souveraine des Etats, mais encore il deviendrait plus difficile de donner une idée exacte et juste de l'existence d'une règle coutumière relative à l'emploi de l'arme nucléaire.

(*Signé*) SHI Jiuyong.

DECLARATION OF JUDGE VERESHCHETIN

The reply of the Court, in my view, adequately reflects the current legal situation and gives some indication for the further development of the international law applicable in armed conflict.

However, I find myself obliged to explain the reasons which have led me to vote in favour of paragraph 2 E of the *dispositif*, which carries the implication of the indecisiveness of the Court and indirectly admits the existence of a "grey area" in the present regulation of the matter.

The proponents of the view that a court should be prohibited from declaring *non liquet* regard this prohibition as a corollary of the concept of the "completeness" of the legal system. Those among their number who do not deny the existence of gaps in substantive international law consider that it is the obligation of the Court in a concrete case to fill the gap and thus, by reference to a general legal principle or by way of judicial law-creation, to provide for the "completeness" of the legal system.

On the other hand, there is a strong doctrinal view that the alleged "prohibition" on a declaration of a *non liquet* "may not be fully sustained by any evidence yet offered" (J. Stone, "*Non Liquet* and the Function of Law in the International Community", *The British Year Book of International Law*, 1959, p. 145). In his book devoted specifically to the problems of lacunae in international law, L. Siorat comes to the conclusion that in certain cases a court is obliged to declare a *non liquet* (*Le problème des lacunes en droit international*, 1958, p. 189).

In critically assessing the importance for our case of the doctrinal debate on the issue of *non liquet*, one cannot lose sight of the fact that the debate has concerned predominantly, if not exclusively, the admissibility or otherwise of *non liquet* in a contentious procedure in which the Court is called upon to pronounce a binding, definite decision settling the dispute between the parties. Even in those cases, the possibility of declaring a *non liquet* was not excluded by certain authoritative publicists, although this view could not be convincingly supported by arbitral and judicial practice.

In the present case, however, the Court is engaged in advisory procedure. It is requested not to resolve an actual dispute between actual parties, but to state the law as it finds it at the present stage of its development. Nothing in the question put to the Court or in the written and oral pleadings by the States before it can be interpreted as a request to fill the gaps, should any be found, in the present status of the law on the matter. On the contrary, several States specifically stated that the Court

DÉCLARATION DE M. VERESHCHETIN

[Traduction]

La réponse de la Cour traduit bien, à mon sens, la situation juridique actuelle et donne une indication sur l'évolution du droit international applicable dans les conflits armés.

Je me vois cependant dans l'obligation d'exposer les raisons qui m'ont amené à voter en faveur du paragraphe 2 E du dispositif, qui laisse supposer l'indécision de la Cour et reconnaît indirectement qu'il existe une «zone grise» dans la manière dont elle s'est prononcée sur la question.

Ceux qui considèrent qu'il devrait être interdit à un tribunal de déclarer un *non liquet* tiennent cette interdiction pour un corollaire du concept de «complétude» de l'ordre juridique. Ceux qui, parmi eux, ne nient pas l'existence de lacunes dans le droit international positif considèrent que la Cour doit, dans une affaire déterminée, combler les lacunes et assurer ainsi la «complétude» de l'ordre juridique, soit en se référant à un principe général de droit soit en procédant à une création judiciaire du droit.

En revanche, une grande partie de la doctrine soutient que la prétendue «interdiction» de prononcer un *non liquet* «n'est peut-être pas pleinement étayée par les éléments de preuve apportés jusqu'ici» (J. Stone, «*Non liquet* and the Function of Law in the International Community», *The British Year Book of International Law*, 1959, p. 145). Dans l'ouvrage qu'il a spécialement consacré aux problèmes que posent les lacunes en droit international, L. Siorat parvient à la conclusion que, dans certains cas, le juge est obligé de prononcer un *non liquet* (*Le problème des lacunes en droit international*, 1958, p. 189).

Pour évaluer de façon critique l'importance que présente en l'espèce le débat doctrinal sur la question du *non liquet* il ne faut pas perdre de vue que ce débat a porté avant tout, mais pas exclusivement d'ailleurs, sur le point de savoir si un *non liquet* est admissible dans une procédure contentieuse où la Cour est invitée à prendre une décision obligatoire et définitive pour régler un différend entre les parties. Même dans ces cas-là, la possibilité de déclarer un *non liquet* n'est pas exclue par certains auteurs faisant autorité, bien que l'on n'ait pu invoquer de façon convaincante la pratique arbitrale et judiciaire à l'appui de cette opinion.

En l'espèce, cependant, la Cour est engagée dans une procédure consultative. On ne lui demande pas de résoudre un véritable différend entre de véritables parties mais de dire le droit tel qu'elle le perçoit au stade actuel de son développement. Rien dans la question posée à la Cour ni dans les exposés écrits et oraux que les Etats ont présentés devant elle ne saurait être interprété comme une demande tendant à ce qu'elle comble les lacunes éventuelles qu'il pourrait y avoir dans le droit actuel régissant la

"is not being asked to be a legislator, or to fashion a régime for nuclear disarmament" (Samoa, CR 95/31, p. 34) and that "[t]he Court would be neither speculating nor legislating, but elucidating the law as it exists and is understood by it . . ." (Egypt, CR 95/23, pp. 32-33; see also the oral statement of Malaysia, CR 95/27, p. 52.)

Even had the Court been asked to fill the gaps, it would have had to refuse to assume the burden of law-creation, which in general should not be the function of the Court. In advisory procedure, where the Court finds a lacuna in the law or finds the law to be imperfect, it ought merely to state this without trying to fill the lacuna or improve the law by way of judicial legislation. The Court cannot be blamed for indecisiveness or evasiveness where the law, upon which it is called to pronounce, is itself inconclusive. Even less warranted would be any allegation of the Court's indecisiveness or evasiveness in this particular Opinion, which gives an unequivocal, albeit non-exhaustive, answer to the question put to the Court.

In its reply the Court clearly holds that the threat or use of nuclear weapons would fall within the ambit of the prohibitions and severe restrictions imposed by the United Nations Charter and a number of other multilateral treaties and specific undertakings as well as by customary rules and principles of the law of armed conflict. Moreover, the Court found that the threat or use of nuclear weapons "would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law" (Opinion, para. 105 (2) E). It is plausible that by inference, implication or analogy, the Court (and this is what some States in their written and oral statements had exhorted it to do) could have deduced from the aforesaid a general rule comprehensively proscribing the threat or use of nuclear weapons, without leaving room for any "grey area", even an exceptional one.

The Court could not, however, ignore several important considerations which debarred it from embarking upon this road. Apart from those which have been expounded in the reasoning part of the Opinion, I would like to add the following. The very States that called on the Court to display courage and perform its "historical mission", insisted that the Court should remain within its judicial function and should not act as a legislator, requested that the Court state the law as it is and not as it should be. Secondly, the Court could not but notice the fact that, in the past, all the existing prohibitions on the use of other weapons of mass destruction (biological, chemical), as well as special restrictions on nuclear weapons, had been established by way of specific international treaties or separate treaty provisions, which undoubtedly point to the course of action chosen by the international community as most appropriate for the total prohibition on the use and eventual elimination of weapons of mass destruction. And thirdly, the Court must be concerned about the

matière. Au contraire, plusieurs Etats ont spécifiquement dit que la Cour «n'est pas priée de faire œuvre de législateur ni d'élaborer un régime applicable au désarmement nucléaire» (Samoa, CR 95/31, p. 34) et que «la Cour devait non pas théoriser ou légiférer mais dégager le droit tel qu'il existe et tel qu'elle le comprend...» (Egypte, CR 95/23, p. 32; voir également l'exposé oral de la Malaisie, CR 95/27, p. 52).

Même si la Cour avait été priée de combler les lacunes, elle aurait dû refuser d'assumer cette tâche de création du droit qui d'une manière générale ne devrait pas faire partie de ses fonctions. En matière consultative, si la Cour constate que le droit présente une lacune ou qu'il est imparfait, elle doit se borner à le dire sans essayer de remédier à la lacune ou d'améliorer le droit en exerçant par la voie judiciaire une fonction législative. On ne saurait reprocher à la Cour de faire preuve d'indécision ou d'imprécision lorsque le droit sur lequel il lui est demandé de se prononcer est lui-même incertain. Il serait encore moins justifié d'alléguer que la Cour s'est montrée indécise ou imprécise dans le présent avis consultatif car celui-ci donne une réponse sans équivoque, bien qu'incomplète, à la question posée à la Cour.

La Cour dit clairement dans sa réponse que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires entre dans le cadre des interdictions et des graves restrictions qu'imposent aussi bien la Charte des Nations Unies, un certain nombre de traités multilatéraux et des engagements spécifiques que les règles et principes coutumiers du droit des conflits armés. En outre la Cour dit que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires «serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire» (avis consultatif, par. 105, al. 2 E). Il est vraisemblable que, par inférence, déduction ou analogie, la Cour aurait pu tirer de ce qui précède (comme certains Etats l'ont exhortée à le faire dans leurs exposés écrits et oraux) une règle générale prohibant complètement la menace d'armes nucléaires, sans laisser place à une «zone grise», même à titre exceptionnel.

La Cour n'a pu cependant négliger plusieurs considérations importantes qui l'ont empêchée de s'orienter dans cette voie. A celles qui sont déjà exposées dans les motifs de l'avis, je voudrais ajouter les suivantes. Même les Etats qui ont invité la Cour à faire preuve de courage et à assumer sa «mission historique» ont insisté pour qu'elle reste dans le cadre de sa fonction judiciaire et ne fasse pas œuvre de législateur et ils l'ont priée de dire le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être. En second lieu, la Cour ne pouvait pas ne pas constater que, dans le passé, toutes les interdictions visant l'emploi d'autres armes de destruction massive (biologiques, chimiques) de même que les restrictions spéciales applicables aux armes nucléaires ont été consacrées dans des traités internationaux spécifiques ou des dispositions conventionnelles distinctes, ce qui montre sans aucun doute que la communauté internationale a jugé cette manière de procéder comme la plus appropriée s'agissant de la prohibition totale de l'emploi d'armes de destruction massive et de leur élimination défini-

authority and effectiveness of the "deduced" general rule with respect to the matter on which the States are so fundamentally divided.

Significantly, even such a strong proponent of the "completeness" of international law and the inadmissibility of *non liquet* as H. Lauterpacht observes that, in certain circumstances, the

> "apparent indecision [of the International Court of Justice], which leaves room for discretion on the part of the organ which requested the Opinion, may — both *as a matter of development of the law and as a guide to action* — be preferable to a deceptive clarity which fails to give an indication of the inherent complexities of the issue. In so far as the decisions of the Court are an expression of existing international law — whether customary or conventional — they cannot but reflect the occasional obscurity or inconclusiveness of a defective legal system." (*The Development of International Law by the International Court*, reprinted ed., 1982, p. 152; emphasis added.)

In my view, the case in hand presents a good example of an instance where the absolute clarity of the Opinion would be "deceptive" and where, on the other hand, its partial "apparent indecision" may prove useful "as a guide to action".

If I may be allowed the comparison, the construction of the solid edifice for the total prohibition on the use of nuclear weapons is not yet complete. This, however, is not because of the lack of building materials, but rather because of the unwillingness and objections of a sizeable number of the builders of this edifice. If this future edifice is to withstand the test of time and the vagaries of the international climate, it is the States themselves — rather than the Court with its limited building resources — that must shoulder the burden of bringing the construction process to completion. At the same time, the Court has clearly shown that the edifice of the total prohibition on the threat or use of nuclear weapons is being constructed and a great deal has already been achieved.

The Court has also shown that the most appropriate means for putting an end to the existence of any "grey areas" in the legal status of nuclear weapons would be "nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control". Accordingly, the Court has found that there exists an obligation of States to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to this supreme goal.

(*Signed*) Vladlen S. VERESHCHETIN.

tive. En troisième lieu, la Cour doit se préoccuper de la valeur et de l'efficacité d'une règle générale résultant d'une «déduction» dans un domaine où les Etats sont si fondamentalement divisés.

Il est significatif que même un ferme partisan de la «complétude» du droit international et du rejet du *non liquet* comme H. Lauterpacht fasse observer que, dans certaines conditions:

> «l'indécision apparente [de la Cour internationale de Justice] qui laisse une marge d'appréciation à l'organe ayant demandé l'avis — tant *du point de vue du développement du droit* que comme *ligne de conduite* — peut être préférable à une clarté trompeuse qui ne donne pas d'indication sur les complexités inhérentes de la question. Dans la mesure où les décisions de la Cour expriment le droit international existant — qu'il soit coutumier ou conventionnel — elles ne peuvent que refléter l'obscurité ou l'incertitude occasionnelle d'un ordre juridique déficient.» (*The Development of International Law by the International Court*, réimpression, 1982, p. 152; les italiques sont de moi.)

Selon moi, l'affaire en cause est un bon exemple d'un cas où, d'une part, la clarté absolue de l'avis serait «trompeuse» et où, d'autre part, «l'indécision apparente» partielle de la Cour pourrait se révéler utile comme «ligne de conduite».

S'il m'est permis de faire une comparaison, je dirais que la construction d'un édifice solide voué à l'interdiction totale de l'emploi d'armes nucléaires n'est pas encore terminée. Ce n'est pas que les matériaux de construction fassent défaut, cela résulte plutôt de la réticence et des objections manifestées par de nombreux participants à cette construction. Pour que ce futur édifice résiste à l'épreuve du temps et aux variations du climat international, il faut que les Etats eux-mêmes — et non la Cour dont les matériaux de construction sont limités — assument la tâche de mener à bien l'entreprise. Au reste, la Cour a nettement montré que l'édifice consacrant l'interdiction totale de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires est en voie de construction et qu'une bonne partie en est déjà réalisée.

La Cour a également montré que la meilleure façon d'en finir avec les «zones grises» du régime juridique des armes nucléaires consisterait en un «désarmement nucléaire sous tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace». Elle a conclu en conséquence que les Etats ont l'obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant à ce but suprême.

(*Signé*) Vladen S. VERESHCHETIN.

DÉCLARATION DE M. FERRARI BRAVO

J'ai voté en faveur du présent avis consultatif sur la licéité des armes nucléaires parce que je pense qu'il est du devoir de la Cour internationale de Justice de n'épargner aucun effort pour répondre au mieux aux questions que lui posent les organes principaux des Nations Unies habilités à la saisir, surtout lorsqu'une telle réponse peut augmenter les possibilités de sortir d'une impasse qui, dans le cas actuel, perdure depuis plus de cinquante ans en faisant peser une ombre triste et menaçante sur l'humanité tout entière.

Dans sa fonction d'organe judiciaire principal des Nations Unies (article 92 de la Charte), la Cour a été, entre autres, créée justement pour cela et elle ne doit pas se demander si sa réponse, au mieux de ce qu'elle peut faire, pourra contribuer à l'évolution de la situation. Elle n'a pas non plus à se justifier si sa réponse n'est pas exhaustive. Je souscris par conséquent pleinement aux motifs qui étayent la décision prise par la Cour de faire droit à la demande de l'Assemblée générale.

A ce propos, il est toutefois nécessaire de dire que la question se présente sous un angle tout à fait différent lorsque la saisine provient d'une institution spécialisée des Nations Unies, dont la compétence pour s'adresser à la Cour est, pour des raisons de principe, bien délimitée. J'ai, partant, voté aussi en faveur de l'avis, donné ce même jour, par lequel la Cour décide de ne pas répondre à la demande de l'Organisation mondiale de la Santé et je trouve qu'il y a de la logique dans ce comportement (*Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, C.I.J. Recueil 1996*, p. 87). La Cour, en effet, est l'organe judiciaire principal des Nations Unies, mais elle ne l'est pas d'autres organisations internationales dont le droit de la saisir demande à être soigneusement limité si l'on veut conserver un partage correct de compétences — et, donc, d'efficacité — entre organismes internationaux, en évitant que des fonctions politiques, que la logique du système a confiées *seulement* aux Nations Unies, soient usurpées par d'autres organisations qui, pour ne rien dire d'autre, n'ont ni la compétence, ni la structure pour ce faire.

* * *

Cela dit, je reste toutefois fort insatisfait quant à certains passages cruciaux de la décision car elle me semble, pour dire la vérité, peu courageuse et parfois de lecture difficile.

Notamment, je regrette que la Cour ait arbitrairement réparti en deux catégories la longue ligne des résolutions de l'Assemblée générale qui commence par la résolution 1 (I) du 24 janvier 1946 et qui, au moins jus-

DECLARATION OF JUDGE FERRARI BRAVO

[Translation]

I have voted in favour of the present Advisory Opinion on the legality of nuclear weapons because I think it is incumbent upon the International Court of Justice to spare no pains in answering, to the best of its ability, the questions put to it by such principal organs of the United Nations as are entitled to seise the Court, particularly when such an answer may increase the likelihood of resolving a deadlock which, in the present case, has been perpetuated for over 50 years, casting a sombre, threatening shadow over the whole of mankind.

The Court, functioning as the principal judicial organ of the United Nations (Article 92 of the Charter), was set up to do just that — among other things — and does not have to ask itself whether its reply, given to the best of its ability, can contribute to the development of the situation. Neither does it have to justify itself if that reply is less than exhaustive. I accordingly subscribe fully to the reasons given in support of the Court's decision to allow the question put by the General Assembly.

In that regard, it is however necessary to point out that the matter appears in a quite different light when the Court is seised by a specialized agency of the United Nations, whose competence to make application to the Court is, for reasons of principle, clearly defined. I accordingly also voted in favour of the Opinion, given this same day, whereby the Court decided not to answer the question put to it by the World Health Organization (*Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, I.C.J. Reports 1996*, p. 87), and consider my conduct to have been consistent. The Court is the principal judicial organ of the United Nations, but it is not the judicial organ of other international bodies whose right to seise the Court needs to be carefully restricted if the intention is to maintain a correct division of powers — and hence of effectiveness — among the international organizations, in a bid to prevent those political functions that the logic of the system has entrusted *only* to the United Nations from being usurped by other organizations which, to say the least, have neither the power nor the structure to assume them.

* * *

Having said this, I am however deeply dissatisfied with certain crucial passages of the decision as, to tell the truth, it strikes me as not very courageous and at times rather difficult to read.

More particularly, I regret that the Court should have arbitrarily divided into two categories the long succession of General Assembly resolutions which begins with resolution 1 (I) of 24 January 1946 and

qu'à la résolution 808 (IX), se présente sous la forme d'une série de résolutions adoptées à l'unanimité. Je pense que ces résolutions sont fondamentales; tel est le cas surtout de la première, dont le libellé avait déjà été arrêté à Moscou avant la création des Nations Unies (pour l'histoire de la résolution ainsi que pour les démarches entreprises à Moscou en vue de confier aux Nations Unies le contrôle de l'énergie atomique dont, à ce moment là, seuls les Etats-Unis d'Amérique possédaient les clés, voir *The United Nations in World Affairs, 1945-1947*, 1947, p. 391 et suiv.), et qui pourrait, à la rigueur, être assimilée aux stipulations de la Charte. Elle démontre en effet, et à mon avis clairement, l'existence d'un *véritable engagement* solennel d'éliminer toute arme atomique dont la présence dans les arsenaux militaires était jugée illicite. La résolution disait ceci:

> «5. ... En particulier, la Commission [établie par la résolution] présente des propositions déterminées en vue:
>
> . . . . . .
>
> *c) d'éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives.*» (Les italiques sont de moi.)

Ces idées ont été répétées à plusieurs reprises dans d'autres résolutions de l'Assemblée générale immédiatement après la création des Nations Unies (voir par exemple la résolution 41 (I) ou la résolution 191 (III)).

Je sais très bien que la guerre froide intervenue peu après (et dont il ne m'appartient pas de désigner les responsables, tout en soulignant qu'ils ne se trouvent pas dans un seul camp) a empêché le *développement* de cette notion d'illicéité (abandonnée par la suite par les Etats-Unis, qui en avaient été les promoteurs), en suscitant l'apparition de toute une série d'argumentations tournant autour du concept de dissuasion nucléaire qui n'a (et c'est important, comme on le verra ci-après) *aucune valeur juridique*.

Mais, à mon avis, il reste que l'illicéité existait déjà et que toute production d'armes nucléaires devait, par conséquent, *se justifier* au vu de cette tache noire d'illicéité que l'on ne pouvait pas effacer. On doit par conséquent déplorer qu'une telle conclusion ne ressorte pas clairement du raisonnement de la Cour qui, au contraire, est souvent d'une lecture compliquée, sinueuse, et finalement peu efficace.

Cela mis à part, il reste à dire qu'un certain nombre de conclusions auxquelles la Cour est arrivée ne sont pas reflétées dans les résultats dont il est fait état dans le dispositif. Ce sont des lacunes graves, mais elles s'expliquent par la difficulté de former, sur certaines composantes du présent avis consultatif, des majorités cohérentes.

Il est toutefois important de reconnaître qu'il reste le paragraphe 104 de l'avis, introductif au dispositif, dont l'importance est vraiment cruciale. Il suggère en effet au lecteur attentif d'évaluer dans son ensemble le

which, at least down to resolution 808 (IX), takes the form of a series of unanimously adopted resolutions. In my view these resolutions are fundamental, particularly the first of them, whose wording had already been determined in Moscow before the United Nations was created (for the history of the resolution and for the steps taken in Moscow with a view to entrusting the United Nations with the supervision of atomic energy to which, at that time, only the United States had the key see *The United Nations in World Affairs, 1945-1947*, 1947, pp. 391 *et seq.*), and which could, at a pinch, be placed on the same footing as the provisions of the Charter. As a matter of fact that resolution establishes — and in my view clearly establishes — the existence of an *actual undertaking* of a solemn nature to eliminate all atomic weapons whose presence in military arsenals was considered illegal. The resolution was worded as follows:

> "5. . . . In particular, the Commission [established by the resolution] shall make specific proposals:
>
> . . . . . .
>
> (*c*) *for the elimination from national armaments of atomic weapons and of all other major weapons adaptable to mass destruction.*" (Emphasis added.)

These ideas were repeated on several occasions in other General Assembly resolutions immediately after the founding of the United Nations (see for example resolution 41 (I) or resolution 191 (III)).

I am very well aware that the cold war which broke out shortly afterwards (and it is not for me to say who was responsible, although I would stress that responsibility did not lie with just one side), prevented the *development* of that concept of illegality (which was subsequently abandoned by the United States which had been its promoter), while giving rise to a whole series of arguments focusing on the concept of nuclear deterrence which (and this is important, as we shall see) has *no legal force*.

However, in my view that illegality nevertheless already existed and any production of nuclear weapons had, as a consequence, to be *justified* in the light of that stigma of illegality which could not be effaced. It is, then, to be regretted that such a conclusion is not clear from the reasoning followed by the Court — a reasoning which, on the contrary, is often difficult to read, tortuous and ultimately rather inadequate.

This apart, it remains to be said that a number of conclusions reached by the Court are not reflected in the results set forth in the operative part. These are serious lacunae, but can be explained by the difficulty of obtaining consistent majorities with respect to certain components of the Advisory Opinion.

It is however important to acknowledge that there is still paragraph 104 of the Advisory Opinion, which introduces the operative part and whose importance is really crucial. It in fact suggests that the atten-

raisonnement fait par la Cour, de tenir compte de ces parties du raisonnement qui ne sont pas reflétées dans des passages du dispositif et, qui plus est, de se rendre compte des inévitables lacunes du raisonnement. Que les lecteurs, et pas seulement les universitaires, en profitent en gardant à l'esprit qu'un avis consultatif, malgré les similitudes procédurales, n'est pas un arrêt. Et celui-ci surtout.

* * *

Certes, il n'existe pas une règle précise et spécifique qui interdise l'arme atomique et qui tire toutes les conséquences de cette interdiction. La théorie de la dissuasion, à laquelle l'avis consultatif ne réserve qu'une rapide mention (surtout au paragraphe 96), aurait mérité quelques considérations supplémentaires. J'ai déjà dit qu'à mon avis l'idée de dissuasion nucléaire n'a aucune valeur juridique et j'ajoute que la théorie de la dissuasion, tout en créant une pratique des Etats nucléaires et de leurs alliés, n'est pas en mesure de créer une pratique juridique sur laquelle fonder le début de création d'une coutume internationale. On pourrait arriver à dire que l'on est en présence d'un *anti-droit*, si on pense aux effets qu'elle a eus sur la Charte des Nations Unies.

Je ne vais pas jusque-là, mais je ne peux m'empêcher de constater que c'est grâce à la doctrine de la dissuasion que la portée révolutionnaire de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte s'est réduite, alors que parallèlement la portée de l'article 51, qui en était le contrepoint selon une logique traditionnelle, s'est étendue avec la formation autour de cette norme de toute une série de constructions conventionnelles, comme le montrent les deux systèmes régissant respectivement l'Alliance atlantique d'une part et, pendant sa durée d'existence, le pacte de Varsovie. Ce sont des systèmes qui sans doute sont régis par des règles juridiques mais qui procèdent d'une idée qui relève *essentiellement* d'un constat politique, donc non juridique, qui consiste à prendre acte du fait que le Conseil de sécurité ne peut pas fonctionner face à un conflit majeur, comme le serait le cas échéant celui qui fait l'objet du présent avis consultatif.

Voici comment la rivière qui sépare l'article 2, paragraphe 4, de l'article 51 s'est élargie grâce aussi à l'énorme caillou de la dissuasion qu'on a jeté dedans. Et cela a entraîné la nécessité pour enjamber la rivière de jeter un pont et, pour ce faire, d'utiliser les matériaux dont nous disposons maintenant, à savoir l'article VI du traité sur la non-prolifération nucléaire.

J'ai de forts doutes sur le point de savoir si ces développements sont réellement partagés par la Cour, car la manière très ramassée que la Cour a choisie pour traiter de la dissuasion ne permet pas de bien comprendre si tel est réellement l'avis de la Cour. Mais elle ne permet pas non plus de l'exclure. En tout cas les opinions individuelles ou dissidentes jointes à l'avis (je ne vois pas une grande différence entre les unes et les autres) contribueront à éclairer ce point (ainsi que d'autres, bien entendu).

tive reader should evaluate the whole of the reasoning given by the Court, take account of those parts of the reasoning which are not reflected in the various paragraphs of the operative part and, what is more, take account of the inevitable gaps in that reasoning. May its readers — and not only academics — take heed of this advice while bearing in mind that an advisory opinion, in spite of the procedural similarities, is not a judgment of the Court. And this one above all.

* * *

To be sure, there is no precise and specific rule that prohibits nuclear weapons and draws the fullest conclusions from that prohibition. The theory of deterrence, to which the Advisory Opinion makes no more than passing reference (para. 96), would have merited further consideration. I have already said that, in my view, the idea of nuclear deterrence has no legal validity and I would add that the theory of deterrence, while creating a practice of nuclear-weapon States and their allies, is not able to create a legal practice which could serve as the basis for the creation of an international custom. One might even say that it is *contrary to the law*, if one thinks of the effect it has had upon the Charter of the United Nations.

I will not go so far myself, but feel bound to note that it is thanks to the doctrine of deterrence that the revolutionary scope of Article 2, paragraph 4, of the Charter has been reduced, while at the same time the scope of Article 51, which was traditionally considered as its counterpoint, has been extended as a whole series of conventional constructions have taken shape around that norm, as can be seen from the two systems governing respectively the Atlantic Alliance on the one hand and on the other the Warsaw Pact, while it was in existence. These are systems which are doubtless governed by legal rules but which proceed from an idea derived *essentially* from the political — and hence not legal — conclusion that the Security Council cannot function in the face of a major conflict as would probably be the type which is the subject of the present Advisory Opinion.

It is in this way that the gulf separating Article 2, paragraph 4, from Article 51 has widened, as a result also of the great obstacle of deterrence which has been cast into it. To overcome this gulf a bridge has therefore had to be built over it, using the materials currently available to us to do so, namely, Article VI of the Nuclear Non-Proliferation Treaty.

I very much doubt whether these arguments are really endorsed by the Court, as the very condensed manner in which the Court has chosen to deal with deterrence does not enable one clearly to understand whether this is really its view. However, it does not allow the exclusion of that possibility either. In any case, the separate or dissenting opinions appended to the Advisory Opinion (and I do not see any great difference between them) will help to shed light upon this point (and upon others, of course).

De toute façon, telle est à mes yeux la raison fondamentale pour laquelle l'avis de la Cour est obligé de contenir, dans sa partie finale, des développements fondés sur une clause d'un traité qui, n'étant pas universel, ne devrait pas en bonne logique y figurer. Mais ces développements sont tout à fait justifiés par la situation dans laquelle nous nous trouvons, où le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires se présente comme le seul moyen pour arriver rapidement à une solution qui puisse prévenir des conséquences catastrophiques.

* * *

En conclusion, je pense qu'une règle précise et spécifique qui interdise l'arme atomique et qui tire toutes les conséquences de cette interdiction n'existe pas encore.

Il est évident que dans la situation politique des années qui vont de 1945 à 1985 une telle règle n'aurait pas pu se former. Mais, dirais-je, l'ensemble de la production normative des dernières cinquante années, surtout en matière du droit humanitaire de la guerre, est quand même inconciliable avec le développement technologique de la construction d'armes nucléaires. Peut-on, par exemple, s'imaginer qu'au moment où le droit humanitaire, partie essentielle et toujours plus importante du droit de la guerre et (depuis peu) aussi de la paix, engendre toute une série de principes pour la protection de la population civile ou pour la sauvegarde de l'environnement, ce même droit international continue d'abriter en son sein la licéité par exemple de l'usage de la bombe à neutrons qui laisse intact l'environnement mais... seulement avec la «petite» conséquence de l'anéantissement de la population! Si tel est le cas, peu importe de trouver une norme spécifique sur la bombe à neutrons car elle devient *automatiquement* illicite par contraste avec la majorité des règles du droit international.

Ce phénomène n'est pas nouveau, car à toute époque de son développement, dès le début de l'ère moderne, le droit international qui est essentiellement un droit coutumier, *donc de formation spontanée*, a connu des situations où la force de certaines règles empêchait les règles contraires de s'établir ou de se maintenir.

Tout cela a été malheureusement obscurci dans l'avis de la Cour par la crainte d'analyser courageusement l'évolution dans le temps des résolutions de l'Assemblée générale qui, seulement à partir d'une certaine époque (aux alentours des années soixante), ont provoqué l'apparition de clivages nets entre Etats nucléaires (et leurs alliés) et Etats menacés par la bombe.

Je répète: le fait qu'une règle interdisant l'arme nucléaire ait commencé à se former au début de la vie des Nations Unies n'empêche pas que le développement de cette formation et, par conséquent, le développement de sa force propulsive aient été arrêtés au moment où les deux principales puissances, toutes les deux dotées de l'arme nucléaire, sont entrées dans la guerre froide et ont développé tout un instrumentaire, même conven-

In any case, this is in my view the fundamental reason why the Opinion of the Court is bound to include, in its final part, certain arguments based upon a clause of a treaty which should not logically be given a place there as it is not of a universal character. These arguments are, however, fully justified by the circumstances in which we now find ourselves, in which the Non-Proliferation Treaty would seem to be the only means of arriving rapidly at a solution capable of averting catastrophic consequences.

* * *

In conclusion, I take the view that there is as yet no precise and specific rule prohibiting nuclear weapons and drawing the fullest consequences from that prohibition.

It is obvious that no such rule could have come into existence in the political situation that prevailed between 1945 and 1985. However, I would point out that all the rules produced over the last 50 years, particularly with regard to the humanitarian law of armed conflict, are irreconcilable with the technological development of the construction of nuclear weapons. Can one, for example, imagine that just as humanitarian law, an essential and increasingly significant part of the international law of warfare and (of late) of peace as well, is bringing into being a whole series of principles for the protection of the civilian population or the environment, that same international law should continue to accommodate the lawfulness of, for example, the use of the neutron bomb, which leaves the environment intact, albeit with the "slight" drawback that the people living in it are wiped out! If that is the case, it matters little whether a rule specific to the neutron bomb can be found, since it becomes *automatically* unlawful as being quite out of keeping with the majority of the rules of international law.

This phenomenon is not new, as at every period in its development, since the beginning of the modern era, international law which is essentially a customary law — *and hence has come into being spontaneously* — has encountered situations in which the force of certain rules prevented contrary rules from being established or maintained.

All these considerations are unfortunately obscured, in the Court's Advisory Opinion, by its fear of engaging in a courageous analysis of the development over time of the General Assembly resolutions which, only from a certain period (around the 1960s), occasioned certain clear-cut divisions between nuclear-weapon States (and their allies) and those States that were threatened by the bomb.

I would point out once again that the fact that a rule prohibiting nuclear weapons began to take shape right at the beginning of the life of the United Nations does not mean that the development of that tendency and, as a consequence, the development of its propulsive force, were not cut short at the time when the two principal Powers, both in possession of nuclear weapons, embarked on the cold war and developed a whole

tionnel, centré autour de l'idée de la dissuasion. Mais cela a seulement empêché *la mise en œuvre* de l'interdiction (qu'on est forcé d'obtenir par voie de négociation) alors que l'interdiction en tant que telle, l'interdiction «toute nue», si je peux m'exprimer ainsi, est demeurée en l'état et produit toujours ses effets, au moins au niveau du fardeau de la preuve, en rendant plus difficile aux puissances nucléaires de se justifier dans le cadre de maintes applications de la théorie de la dissuasion qui, je le répète, *n'est pas* une théorie juridique.

En d'autres termes, on doit, par un instrument juridique (l'accord) parer au danger d'une entité, l'arme nucléaire, qui, en soi, n'a rien de juridique sans qu'il soit possible, dans un cas d'espèce, de vérifier si les solutions esquissées tiennent ou ne tiennent pas. Une telle vérification demanderait l'explosion de la bombe. Mais, alors, la vérification aurait-elle encore un sens?

Cet élément de déséquilibre normatif entre les raisons des Etats nucléaires et celles des Etats non nucléaires devait et pouvait être soigneusement enregistré par la Cour et non pas de la façon parfois contradictoire sous laquelle il est perçu dans l'avis consultatif.

(*Signé*) L. FERRARI BRAVO.

body of instruments — even treaties and conventions — that were focused upon the idea of deterrence. However, this only prevented the *implementation* of the prohibition (that could only be achieved by means of negotiations), whereas the prohibition as such — the "naked" prohibition, if I may express myself thus — has remained the same and still operates, at least as regards the burden of proof, rendering it more difficult for the nuclear-weapon States to justify themselves by references to various applications of the theory of deterrence which, as I said before, *is not* a legal theory.

In other words, one must, by a legal instrument (the agreement) ward off the danger of an entity — the atomic weapon — which as such has nothing legal about it, without its being possible, in any given case, to verify whether the proposed solutions hold good or not. Such a verification would require the explosion of the bomb. But would that verification still be meaningful, in that event?

This element of normative imbalance between the reasons advanced by the nuclear-weapon States and those advanced by the non-nuclear-weapon States should and could have been placed on record by the Court carefully, rather than in the sometimes contradictory manner in which it is perceived in the Advisory Opinion.

(*Signed*) L. FERRARI BRAVO.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. GUILLAUME

1. L'avis consultatif donné par la Cour dans la présente affaire a fait l'objet de sérieuses réserves de la part de nombre de mes collègues et sera probablement accueilli par un concert de critiques. Je partage certaines de ces réserves, mais ne me joindrai pas à ce concert.

Certes l'avis souffre de nombreuses imperfections. Il traite de manière trop rapide de questions complexes qui auraient dû faire l'objet de développements plus complets et plus équilibrés, en ce qui concerne par exemple le droit de l'environnement, le droit des représailles, le droit humanitaire ou celui de la neutralité. Dans ces divers domaines, la Cour, en recherchant quelle était la coutume en vigueur, n'a, quoi qu'elle en dise, guère tenu compte de la pratique et de l'*opinio juris* des Etats et s'est trop souvent laissé guider par des considérations qui relèvent plus du droit naturel que du droit positif, de la *lex ferenda* que de la *lex lata*. Elle a en outre accordé une portée excessive aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette confusion, aggravée par le paragraphe 104 de l'avis, n'a pas été sans conséquence sur les formulations retenues dans le dispositif. Bien plus, ce dernier, tout en statuant *ultra petita* en ce qui concerne le désarmement nucléaire, ne répond sur certains points que de manière implicite à la question posée. Il serait aisé en pareilles circonstances d'accabler la Cour. Je ne le ferai pas, car cette situation peu satisfaisante trouve son origine profonde moins dans les errements du juge que dans le droit applicable.

2. La Cour aurait pu songer dans ces conditions à ne pas donner suite à la demande d'avis dont elle était saisie. Cette solution aurait trouvé quelque justification dans les circonstances mêmes de la saisine. En effet, l'avis sollicité par l'Assemblée générale des Nations Unies (comme d'ailleurs celui demandé par l'Assemblée mondiale de la Santé) a trouvé son origine dans l'action menée par une association dénommée «International Association of Lawyers Against Nuclear Arms» (IALANA) qui, de concert avec divers autres groupements, a lancé en 1992 un projet intitulé «World Court Project» afin de faire proclamer par la Cour l'illicéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires. Ces associations ont fait preuve d'une intense activité en vue de faire voter les résolutions saisissant la Cour et de provoquer l'intervention devant cette dernière d'Etats hostiles aux armes nucléaires. Bien plus, la Cour et les juges ont reçu des milliers de lettres inspirées par ces groupements et faisant appel tant à leur conscience qu'à la conscience publique.

Je suis certain que les pressions ainsi exercées ont été sans influence sur les délibérations de la Cour, mais je me suis interrogé sur la question de savoir si, dans ces conditions, on pouvait encore regarder les demandes

SEPARATE OPINION OF JUDGE GUILLAUME

[Translation]

1. The Advisory Opinion given by the Court in the present case was the subject of serious reservations by a number of my colleagues and will probably be received with a chorus of criticism. I share some of the reservations but will not join in the chorus.

Of course the Opinion has many imperfections. It deals too quickly with complex questions which should have received fuller and more balanced treatment, for example with respect to environmental law, the law of reprisals, humanitarian law and the law of neutrality. In these various areas, the Court, seeking to identify the custom in force, has taken hardly any account, whatever it may say on the matter, of practice and of the *opinio juris* of States, and too often it allowed itself to be guided by considerations falling more within the sphere of natural law than of positive law, of *lex ferenda* rather than of *lex lata*. It also accorded excessive import to the resolutions of the General Assembly of the United Nations. This confusion, aggravated by paragraph 104 of the Opinion, was not without consequence for the wording adopted in the operative part. Indeed, this operative part, while ruling *ultra petita* with regard to nuclear disarmament, gives, on certain points, only an implicit answer to the question posed. In these circumstances it would be easy to condemn the Court. I will not do so, for this unsatisfactory situation ultimately stems less from the erring ways of the judge than from the applicable law.

2. This being the case, the Court could have considered declining to respond to the request for an advisory opinion. This solution would have found some justification in the very circumstances of the seisin. The opinion requested by the General Assembly of the United Nations (like indeed the one requested by the World Health Assembly) originated in a campaign conducted by an association called International Association of Lawyers Against Nuclear Arms (IALANA), which in conjunction with various other groups launched in 1992 a project entitled "World Court Project" in order to obtain from the Court a proclamation of the illegality of the threat or use of nuclear weapons. These associations worked very intensively to secure the adoption of the resolutions referring the question to the Court and to induce States hostile to nuclear weapons to appear before the Court. Indeed, the Court and the judges received thousands of letters inspired by these groups, appealing both to the Members' conscience and to the public conscience.

I am sure that the pressure brought to bear in this way did not influence the Court's deliberations, but I wondered whether, in such circumstances, the requests for opinions could still be regarded as coming from

d'avis comme émanant des assemblées qui les avaient adoptées, ou si, appliquant la théorie de l'apparence, la Cour ne devait pas les écarter comme irrecevables. J'ose cependant espérer que les gouvernements et les institutions intergouvernementales conservent encore une autonomie de décision suffisante par rapport aux puissants groupes de pression qui les investissent aujourd'hui avec le concours des moyens de communication de masse. Je constate en outre qu'aucun des Etats qui se sont présentés devant la Cour n'a soulevé une telle exception. Dans ces conditions, je n'ai pas cru devoir la retenir d'office.

3. Au fond, je partage l'opinion de la Cour telle qu'exprimée au paragraphe 2 B du dispositif, selon laquelle il n'existe ni en droit coutumier, ni en droit conventionnel, d'interdiction complète et universelle de recours aux armes nucléaires en tant que telles. Par contre, je comprends mal qu'au paragraphe 2 A du même dispositif la Cour ait cru nécessaire de préciser que «ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel n'autorisent spécifiquement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires». Cette constatation n'est pas en soi inexacte, mais elle ne présente aucun intérêt pour l'Assemblée générale des Nations Unies puisqu'il résulte de l'avis même de la Cour que «l'illicéité de l'emploi de certaines armes en tant que telles ne résulte pas d'une absence d'autorisation, mais se trouve au contraire formulée en termes de prohibition» (par. 52).

4. En revanche, je souscris entièrement au paragraphe 2 C du dispositif, car les Etats ne peuvent à l'évidence recourir aux armes nucléaires, comme d'ailleurs à toute arme, que dans les conditions fixées par la Charte des Nations Unies et en particulier par son article 51 relatif au droit de légitime défense individuel ou collectif. Ils sont en outre tenus de respecter les normes conventionnelles régissant spécifiquement le recours aux armes nucléaires telles qu'elles sont résumées aux paragraphes 58 et 59 de l'avis.

*

5. L'application du droit coutumier humanitaire aux armes nucléaires soulevait des questions beaucoup plus délicates.

Comme la Cour l'a précisé, le droit coutumier concernant la conduite des opérations militaires résulte pour l'essentiel de l'annexe à la convention IV de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Compte tenu de la nature et de l'ancienneté de ces dispositions, on pouvait se demander si celles-ci étaient applicables à l'emploi et surtout à la menace d'emploi des armes nucléaires. Les plus grands doutes me paraissaient permis sur ce dernier point. Mais aucun Etat doté d'armes nucléaires n'a contesté devant la Cour qu'il en était ainsi et l'immense majorité, sinon l'unanimité, des autres Etats en a été d'accord. La Cour n'a pu que prendre acte de ce consensus au paragraphe 22 de son avis.

Ces normes coutumières ont été résumées par la Cour en trois formules au paragraphe 78 de l'avis: les Etats n'ont pas un choix illimité quant aux

the Assemblies which had adopted them or whether, piercing the veil, the Court should not have dismissed them as inadmissible. However, I dare to hope that Governments and intergovernmental institutions still retain sufficient independence of decision to resist the powerful pressure groups which besiege them today with the support of the mass media. I also note that none of the States which appeared before the Court raised such an objection. In the circumstances I did not believe that the Court should uphold it *proprio motu*.

3. Basically, I share the Court's opinion as stated in operative paragraph 2 B, to the effect that there is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the recourse to nuclear weapons as such. On the other hand, I find it hard to understand why, in operative paragraph 2 A, the Court saw fit to state that "there is in neither customary nor conventional international law any specific authorization of the threat or use of nuclear weapons". This statement is not incorrect in itself, but it is of no interest to the General Assembly of the United Nations since it stems from the view of the Court itself that "the illegality of the use of certain weapons as such does not result from an absence of authorization but, on the contrary, is formulated in terms of prohibition" (para. 52).

4. In contrast, I fully endorse operative paragraph 2 C, since States can obviously have recourse to nuclear weapons, or indeed to any weapons, only under the conditions established by the Charter of the United Nations and in particular by its Article 51, concerning the right of individual or collective self-defence. States are moreover bound to respect the conventional rules specifically governing recourse to nuclear weapons which are summarized in paragraphs 58 and 59 of the Opinion.

*

5. The application of customary humanitarian law to nuclear weapons raised much more difficult questions.

As the Court noted, customary law concerning the conduct of military operations derives mainly from the Annex to the Hague Convention IV respecting the Laws and Customs of War on Land of 18 October 1907. In view of the nature and age of these provisions, it could be asked whether they were applicable to the use, and especially to the threat of use, of nuclear weapons. It seemed legitimate to have the gravest doubts on this latter point. But no nuclear-weapon State contested before the Court that this was the case, and the immense majority, if not all, of the other States was in agreement. The Court could only take note of this consensus in paragraph 22 of its Opinion.

These customary rules were summarized by the Court in three categories in paragraph 78 of the Opinion: States do not have unlimited free-

armes qu'ils emploient: ils ne peuvent utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires; il leur est interdit d'user d'armes propres à causer des maux superflus aux combattants.

J'adhère entièrement à cette analyse, mais estime que celle-ci aurait dû être complétée par le rappel des règles concernant les dommages collatéraux que l'attaque d'objectifs militaires légitimes peut causer aux populations civiles. Ces règles trouvent leur origine dans les articles 23 *g)*, 25 et 27 de l'annexe à la convention IV de La Haye. Elles firent l'objet de formulations nouvelles dans le projet de convention sur la réglementation de la guerre aérienne de 1923 et dans la résolution adoptée par l'Assemblée de la Société des Nations le 30 septembre 1938. Elles furent explicitées par le Tribunal militaire américain de Nuremberg dans l'affaire n° 47. Elles le furent à nouveau par l'Assemblée des Nations Unies dans sa résolution 2444 (XXIII) du 19 décembre 1968 concernant le respect des droits de l'homme dans les conflits armés, adoptée à l'unanimité, selon laquelle:

> «il est interdit de lancer des attaques contre les populations civiles en tant que telles; ... il faut en tout temps faire la distinction entre les personnes qui prennent part aux hostilités et les membres de la population civile, afin que ces derniers soient épargnés dans toute la mesure possible».

Elle fut enfin développée par l'article 51 du protocole additionnel n° I de 1977 aux conventions de Genève qui condamne les attaques contre les objectifs militaires dont on peut attendre qu'elles causeront incidemment des dommages «excessifs» à la population civile.

Ainsi le droit coutumier humanitaire comporte une seule interdiction absolue: celle des armes dites «aveugles» qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Mais à l'évidence les armes nucléaires n'entrent pas nécessairement dans cette catégorie.

Pour le surplus, ce droit suppose des comparaisons. Les dommages collatéraux causés aux populations civiles ne doivent pas être «excessifs» par rapport à l'«avantage militaire attendu». Les souffrances causées aux combattants ne doivent pas être «superflues», c'est-à-dire, pour reprendre l'expression même de la Cour, «supérieures aux maux inévitables que suppose la réalisation d'objectifs militaires légitimes» (par. 78).

Dès lors l'arme nucléaire ne saurait être regardée comme illicite du seul fait des souffrances qu'elle est susceptible de causer. Encore faut-il comparer ces souffrances aux «avantages militaires attendus» ou aux «objectifs militaires» poursuivis.

S'agissant des armes nucléaires de destruction massive, il est clair cependant que les dommages qu'elles sont susceptibles de causer sont tels que leur utilisation ne saurait être envisagée que dans des cas extrêmes.

6. Le même raisonnement vaut en ce qui concerne le droit de la neutralité car, en de nombreuses occasions, il a été soutenu ou reconnu que la licéité d'actions menées par des belligérants en territoire neutre dépen-

dom of choice in the weapons they use: they must never use weapons which are incapable of distinguishing between civilian and military targets; and they are prohibited to use weapons likely to cause unnecessary suffering to combatants.

I fully subscribe to this analysis but I think that it should have been completed by a reference to the rules concerning the collateral damage which attacks on legitimate military objectives can cause to civilian populations. These rules originated in Articles 23 *(g)*, 25 and 27 of the Annex to the Hague Convention IV. They were the subject of new formulations in the draft convention on the rules of aerial warfare of 1923 and in the resolution adopted by the Assembly of the League of Nations on 30 September 1938. They were clarified by the United States Nuremberg Military Tribunal in case No. 47. They were further clarified by the General Assembly of the United Nations in its resolution 2444 (XXIII) of 19 December 1968 concerning respect for human rights in armed conflicts, which was adopted unanimously and states:

> "it is prohibited to launch attacks against the civilian populations as such; . . . distinction must be made at all times between persons taking part in the hostilities and members of the civilian population to the effect that the latter be spared as much as possible".

Lastly, they were further developed by Article 51 of Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions, which condemns attacks on military objectives which may be expected to cause "excessive" incidental damage to the civilian population.

Customary humanitarian law thus contains only one absolute prohibition: the prohibition of so-called "blind" weapons which are incapable of distinguishing between civilian targets and military targets. But nuclear weapons obviously do not necessarily fall into this category.

Furthermore, this law implies comparisons. The collateral damage caused to civilian populations must not be "excessive" in relation to "the military advantage anticipated". The suffering caused to combatants must not be "unnecessary", i.e. it must not cause, in the words of the Court itself, "a harm greater than that unavoidable to achieve legitimate military objectives" (para. 78).

Hence nuclear weapons could not be regarded as illegal by the sole reason of the suffering which they are likely to cause. Such suffering must still be compared with the "military advantage anticipated" or with the "military objectives" pursued.

With regard to nuclear weapons of mass destruction, it is clear however that the damage which they are likely to cause is such that their use could not be envisaged except in extreme cases.

6. The same reasoning holds good with respect to the law of neutrality since, on many occasions, it has been maintained or recognized that the legality of actions carried out by belligerents in neutral territory depends

dait des «nécessités militaires», ainsi que le regretté juge Ago le constatait au vu d'une abondante pratique rapportée dans l'additif à son huitième rapport à la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats (par. 50 et note 101).

7. Au total, la Cour aurait donc, à mon sentiment, dû répondre sur ce point à la question posée en précisant que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires n'est compatible avec le droit applicable dans les conflits armés que dans certains cas extrêmes. La Cour a préféré, au paragraphe 2 E du dispositif, user d'une formule négative en précisant que cette menace ou cet emploi était «généralement interdit». Cette formulation manque de précision, mais elle n'en implique pas moins que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires ne sont pas interdits en «toute circonstance» par le droit applicable dans les conflits armés, ainsi que la Cour l'a d'ailleurs relevé au paragraphe 95 de l'avis.

8. La Cour a ajouté au paragraphe 2 E que:

> «Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant pas conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause.»

Cette formulation n'est, là encore, pas complètement satisfaisante et je pense par suite nécessaire de l'éclairer quelque peu.

Aucun des Etats qui se sont présentés devant la Cour ne s'est interrogé sur les rapports entre le droit de légitime défense reconnu par l'article 51 de la Charte et les principes et règles du droit applicable dans les conflits armés. Tous ont raisonné comme si ces deux types de prescription étaient indépendants, en d'autres termes, comme si le *jus ad bellum* et le *jus in bello* constituaient deux entités n'entretenant aucun rapport l'un avec l'autre. La Cour, dans certaines parties de son avis, a même pu paraître tentée par une telle construction. Or, on peut se demander s'il en est bien ainsi ou si, au contraire, les règles du *jus ad bellum* ne permettent pas d'éclairer celles du *jus in bello*.

Le droit de légitime défense proclamé par la Charte des Nations Unies est qualifié par celle-ci de droit naturel. L'article 51 de la Charte ajoute qu'aucune disposition de la Charte ne porte atteinte à ce droit. Il en est de même à fortiori du droit coutumier ou du droit conventionnel. Cette solution s'explique aisément, car tout système de droit, quel qu'il soit, ne saurait priver l'un de ses sujets du droit de défendre sa propre existence en assurant la sauvegarde de ses intérêts vitaux. Dès lors, le droit international ne peut priver un Etat du droit de recourir à l'arme nucléaire si ce recours constitue l'ultime moyen par lequel il peut assurer sa survie. En pareille hypothèse, cet Etat bénéficie d'une sorte d'«excuse absolutoire» analogue à celle qui existe dans tous les systèmes de droit pénal.

La Cour a bien identifié ce problème lorsqu'au paragraphe 96 de l'avis elle a précisé qu'elle ne saurait:

on the "military necessities", as the late Judge Ago noted in the light of a widespread practice described in the addendum to his Eighth Report to the International Law Commission on the Responsibility of States (para. 50 and note 101).

7. In short, the Court should therefore, in my view, have replied on this point to the question put by stating that the threat or use of nuclear weapons is compatible with the law applicable in armed conflict only in certain extreme cases. The Court preferred, in operative paragraph 2 E, to use a negative formula when it stated that such threat or use were "generally prohibited". This wording is vague but it nevertheless implies that the threat or use of nuclear weapons are not prohibited "in any circumstance" by the law applicable in armed conflict, as indeed the Court pointed out in paragraph 95 of the Opinion.

8. The Court added in operative paragraph 2 E:

> "However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake."

Once again, this wording is not entirely satisfactory, and I therefore believe that it needs some clarification.

None of the States which appeared before the Court raised the question of the relations between the right of self-defence recognized by Article 51 of the Charter and the principles and rules of the law applicable in armed conflict. All of them argued as if these two types of prescription were independent, in other words as if the *jus ad bellum* and the *jus in bello* constituted two entities having no relation with each other. In some parts of its Opinion the Court even seemed to be tempted by such a construction. It may be wondered whether that is indeed the case or whether, on the contrary, the rules of the *jus ad bellum* may not provide some clarification of the rules of the *jus in bello*.

The right of self-defence proclaimed by the Charter of the United Nations is characterized by the Charter as natural law. But Article 51 adds that nothing in the Charter shall impair this right. The same applies *a fortiori* to customary law or treaty law. This conclusion is easily explained, for no system of law, whatever it may be, could deprive one of its subjects of the right to defend its own existence and safeguard its vital interests. Accordingly, international law cannot deprive a State of the right to resort to nuclear weapons if such action constitutes the ultimate means by which it can guarantee its survival. In such a case the State enjoys a kind of "absolute defence" *("excuse absolutoire")* similar to the one which exists in all systems of criminal law.

The Court did indeed identify this problem when, in paragraph 96 of the Opinion, it stated that it cannot

> «perdre de vue le droit fondamental qu'a tout Etat à la survie, et donc le droit qu'il a de recourir à la légitime défense, conformément à l'article 51 de la Charte, lorsque cette survie est en cause».

Dans cette perspective, elle a rappelé dans ce même paragraphe qu'une «partie appréciable de la communauté internationale a adhéré pendant des années» à «la pratique dénommée «politique de dissuasion». Elle a souligné par ailleurs que les Etats qui ont adhéré à cette doctrine et à cette pratique

> «se sont toujours réservé, de concert avec certains autres Etats, le droit d'utiliser ces armes dans l'exercice du droit de légitime défense contre une agression armée mettant en danger leurs intérêts vitaux en matière de sécurité» (par. 66).

Elle a, par ailleurs, pris note des

> «réserves que certains Etats dotés d'armes nucléaires ont apportées aux engagements qu'ils ont pris, en vertu, notamment, des protocoles aux traités de Tlatelolco et de Rarotonga, ainsi que des déclarations faites par eux dans le cadre de la prorogation du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, de ne pas recourir à ces armes» (par. 96).

La Cour a enfin observé que les réserves ainsi formulées à ces protocoles et celles contenues dans les déclarations n'avaient «suscité aucune objection de la part des parties aux traités de Tlatelolco ou de Rarotonga, ou de la part du Conseil de sécurité» (par. 62). Bien plus, elle a relevé que ce dernier avait pris acte avec satisfaction ou s'était félicité des déclarations ainsi faites (par. 45).

9. Dans ces conditions, la Cour aurait dû, à mon opinion, aller jusqu'au bout de son raisonnement et reconnaître de manière explicite la licéité de la dissuasion pour la défense des intérêts vitaux des Etats. Elle ne l'a pas fait explicitement et c'est pourquoi je n'ai pu souscrire au paragraphe 2 E du dispositif. Mais elle l'a fait implicitement et c'est pourquoi j'ai joint au présent avis une opinion individuelle et non une opinion dissidente.

Au paragraphe 2 E du dispositif, la Cour a en effet décidé qu'elle ne pouvait dans ces circonstances extrêmes conclure de façon définitive à la licéité ou à l'illicéité des armes nucléaires. Elle a estimé en d'autres termes qu'en pareilles circonstances le droit ne fournissait aucun guide aux Etats. Mais si le droit est muet en ce cas, les Etats demeurent libres d'agir comme ils l'entendent.

10. Le droit international repose en effet sur le principe de la souveraineté des Etats et procède par suite du consentement de ces derniers. En d'autres termes, comme l'a dit excellemment la Cour permanente, «le droit international régit les rapports entre Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci.» (*Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A, n° 10*, p. 18.)

La Cour elle-même a eu l'occasion de tirer sous diverses formes les conséquences de ce principe dans l'affaire opposant le Nicaragua aux

> "lose sight of the fundamental right of every State to survival, and thus its right to resort to self-defence, in accordance with Article 51 of the Charter, when its survival is at stake".

With this in mind, it pointed out in the same paragraph that "an appreciable section of the international community adhered for many years" to "the practice referred to as 'policy of deterrence'". It also stressed that States which adhered to this doctrine and this practice

> "have always, in concert with certain other States, reserved the right to use those weapons in the exercise of the right to self-defence against an armed attack threatening their vital security interests" (para. 66).

It also noted

> "the reservations which certain nuclear-weapon States have appended to the undertakings they have given, notably under the Protocols to the Treaties of Tlatelolco and Rarotonga, and also under the declarations made by them in connection with the extension of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, not to resort to such weapons" (para. 96).

Lastly, the Court observed that the reservations to these Protocols and the ones contained in the declarations had "met with no objection from the parties to the Tlatelolco or Rarotonga Treaties or from the Security Council" (para. 62). Indeed, it pointed out that the Security Council had noted with appreciation or welcomed the statements made in this connection (para. 45).

9. In these circumstances, the Court, in my view, ought to have carried its reasoning to its conclusion and explicitly recognized the legality of deterrence for defence of the vital interests of States. It did not do so explicitly, and that is why I was unable to support operative paragraph 2E. But it did so implicitly, and that is why I appended to the Advisory Opinion a separate opinion and not a dissenting one.

In operative paragraph 2E the Court decided in fact that it could not in those extreme circumstances conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful. In other words, it concluded that in such circumstances the law provided no guide for States. But if the law is silent in this case, States remain free to act as they intend.

10. International law rests on the principle of the sovereignty of States and thus originates from their consent. In other words, in the excellent language of the Permanent Court, "international law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will." (*"Lotus", Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 18.)

The Court itself had occasion to draw the consequences of this principle in various forms in the case between Nicaragua and the United

Etats-Unis d'Amérique. Elle a rappelé que «le principe de souveraineté des Etats permet à chacun d'entre eux de se décider librement» pour ce qui est «du choix du système politique, économique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986*, p. 108). Elle a surtout précisé

> «qu'il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'Etat intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation de niveau d'armement d'un Etat souverain, ce principe étant valable pour tous les Etats sans distinction» (*ibid.*, p. 135).

11. La pratique constante des Etats est en ce sens pour ce qui est du *jus in bello*. Tous les traités concernant certains types d'armes procèdent par voie d'interdiction. Ainsi en est-il, par exemple, du traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine de 1967, de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques de 1975, de la convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs de 1981, ou de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction de 1993. De même le projet de convention annexé aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 45/59 et 46/37 a-t-il pour objet, selon son titre même, «l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires».

En outre, on notera que le seul jugement national qui ait eu à se prononcer, à ma connaissance, sur ce point l'a fait dans le même sens. En effet, la cour de district de Tokyo, dans son jugement du 7 décembre 1963, a précisé que: «Bien entendu, il est exact que l'emploi d'une arme nucléaire est licite aussi longtemps que le droit international ne l'interdit pas» (*Japanese Annual of International Law*, 1964, n° 8, p. 235).

Bien plus, et comme il a déjà été rappelé, la Cour elle-même a, dans le présent avis, reconnu le caractère coutumier d'un tel principe en précisant que «l'illicéité de l'emploi de certaines armes en tant que telles ne résulte pas d'une absence d'autorisation, mais se trouve au contraire formulée en termes de prohibition» (par. 52).

12. Dans ces conditions, il résulte implicitement, mais nécessairement, du paragraphe 2 E de l'avis de la Cour que les Etats peuvent recourir à «la menace ou [à] l'emploi des armes nucléaires ... dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait-en cause». Tel a toujours été le fondement des politiques de dissuasion dont la licéité est ainsi reconnue.

13. L'arme nucléaire n'en est pas moins «potentiellement de nature catastrophique» et l'on comprend par suite que la Cour ait éprouvé le besoin de souligner au paragraphe 99 de son avis toute l'importance de l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires.

J'approuve entièrement cette mention et souhaite ardemment que les

States of America. It pointed out that the principle of the sovereignty of States permits all States to decide freely on "the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986*, p. 108). It stated in particular that

> "in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise, whereby the level of armaments of a sovereign State can be limited, and this principle is valid for all States without exception" (*ibid.*, p. 135).

11. The constant practice of States is along these lines as far as the *jus in bello* is concerned. All the treaties concerning certain types of weapons are formulated in terms of prohibition. This is true, for example, of the 1967 Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America, the 1975 Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological Weapons, the 1981 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons which may be Deemed to be Excessively Injurious, or the 1993 Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and their Destruction. Similarly, the draft convention annexed to resolutions 45/59 and 46/37 of the General Assembly of the United Nations is designed to achieve according to its own title "the prohibition of the use of nuclear weapons".

It will also be noted that the only national judgment, to my knowledge, to have pronounced on this point did so along the same lines. The Tokyo District Court stated in its judgment of 7 December 1963: "Of course, it is right that the use of a new weapon is legal as long as international law does not prohibit it." (*Japanese Annual of International Law*, 1964, No. 8, p. 235.)

Indeed, and as already pointed out, the Court itself recognized in this Opinion the customary nature of such a principle when it stated that "the illegality of the use of certain weapons as such does not result from an absence of authorization but, on the contrary, is formulated in terms of prohibition" (para. 52).

12. In these circumstances it follows implicitly but necessarily from operative paragraph 2 E of the Court's Opinion that States can resort to "the threat or use of nuclear weapons . . . in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake". This has always been the foundation of the policies of deterrence whose legality is thus recognized.

13. Nuclear weapons are nevertheless "potentially catastrophic", and it is therefore understandable that the Court should have felt a need to stress in paragraph 99 of its Opinion the great importance of Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons.

I fully approve of this reference and earnestly hope that the negotia-

négociations prévues par ce texte en ce qui concerne tant le désarmement nucléaire que le désarmement conventionnel soient couronnées de succès. J'aurai préféré toutefois que la Cour se borne à traiter de cette question dans les motifs de son avis. En effet, je crains qu'en adoptant le paragraphe 2 F du dispositif, dans une formulation qui tente de résumer les obligations des Etats parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, sans d'ailleurs y parvenir clairement, la Cour n'ait statué *ultra petita*.

14. Pour conclure, je souhaiterais réaffirmer solennellement que le rôle du juge ne consiste pas à se substituer au législateur. Au cours des deux dernières décennies, la communauté internationale a fait des progrès sensibles vers l'interdiction des armes nucléaires. Mais ce processus n'est pas parvenu à son terme et la Cour doit se borner à constater l'état du droit sans pouvoir substituer son appréciation à la volonté des Etats souverains. C'est la grandeur du juge que de rester dans son rôle en toute humilité, quels que soient par ailleurs les débats intérieurs qui peuvent être les siens au plan religieux, philosophique ou moral.

(*Signé*) Gilbert GUILLAUME.

tions provided for by this text with regard both to nuclear disarmament and to conventional disarmament will be crowned with success. However, I would have preferred the Court to limit itself to dealing with this question in the reasons for its Opinion. For I fear that by adopting operative paragraph 2 F, in a formulation which attempts to summarize the obligations of States parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, without however doing so clearly, the Court may have ruled *ultra petita*.

14. I should like solemnly to reaffirm in conclusion that it is not the role of the judge to take the place of the legislator. During the last two decades the international community has made considerable progress towards the prohibition of nuclear weapons. But this process has not been completed, and the Court must limit itself to recording the state of the law without being able to substitute its assessment for the will of sovereign States. It is the mark of the greatness of a judge to remain within his role in all humility, whatever religious, philosophical or moral debates he may conduct with himself.

(Signed) Gilbert GUILLAUME.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. RANJEVA

J'ai voté pour l'ensemble du dispositif, en particulier le premier alinéa du paragraphe 2 E, dans la mesure où le présent avis confirme le principe de l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires, bien que j'estime que le second alinéa du même paragraphe 2 E soulève des problèmes d'interprétation susceptibles de porter atteinte à la clarté de la règle de droit.

* * *

L'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires aura été, pour la première fois, affirmée dans la jurisprudence internationale inaugurée par le présent avis consultatif, sollicité par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies. Une rédaction différente du premier alinéa du paragraphe 2 E du dispositif aurait entretenu le doute sur le bien-fondé de ce principe de droit positif, car une comparaison superficielle entre les deux paragraphes déclaratifs 2 A et 2 B aurait pu induire en erreur. Considérer comme équipollentes les constatations énoncées dans ces paragraphes aurait exclu, par hypothèse, une réponse soit affirmative soit négative à la question formulée dans la résolution introductive d'instance. La véritable réponse de la Cour est exprimée au paragraphe 2 E et plus précisément au premier alinéa, tandis que le paragraphe 104 des motifs donne la clef de lecture des motifs et du dispositif dans le sens que ce paragraphe 2 E ne peut être détaché des paragraphes 2 A, 2 C, 2 D, 2 F. A mon avis, l'adverbe «généralement» signifie: dans la majorité des hypothèses et de la doctrine; il a pour fonction grammaticale de déterminer avec insistance l'affirmation énoncée dans la proposition principale. En utilisant un adverbe de détermination, l'avis écarte toute autre interprétation qui aurait résulté de l'utilisation d'un adverbe dubitatif tel qu'«apparemment», «peut-être», «sans doute». Enfin, le mode conditionnel du verbe «être» employé pour énoncer l'affirmation exprime deux idées: d'une part une probabilité, c'est-à-dire un caractère dont la qualification peut être affirmée avec plus de facilité qu'une autre; et d'autre part une supposition pour l'avenir dont on ne souhaite nullement la survenance. Ces motifs, concluant à l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'utilisation des armes nucléaires ne fait, à mon avis, que confirmer l'état du droit positif.

L'absence de référence directe et spécifique aux armes nucléaires ne peut être utilisée pour justifier une licéité, fût-elle indirecte, de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires. Le libellé du premier alinéa du paragraphe 2 E du dispositif exclut toute restriction au principe géné-

SEPARATE OPINION OF JUDGE RANJEVA

[Translation]

I voted for the whole of the operative part, in particular the first clause of paragraph 2 E, since this Opinion confirms the principle of the illegality of the threat or use of nuclear weapons, although I consider that the second clause of paragraph 2 E raises problems of interpretation which may impair the clarity of the rule of law.

* * *

The illegality of the threat or use of nuclear weapons will have been affirmed, for the first time, in the international jurisprudence inaugurated by this Advisory Opinion requested by the General Assembly of the United Nations. If the first clause of operative paragraph 2 E had been worded differently, it would have kept alive the doubt about the justification of this principle of positive law, for a superficial comparison of the two declaratory paragraphs 2 A and 2 B could have led to error. To have regarded the statements contained in these paragraphs as of equal weight would presumably have excluded either an affirmative or a negative answer to the question put in the resolution referring the matter to the Court. The Court's true answer is given in paragraph 2 E, more accurately in the first clause thereof, while paragraph 104 of the reasons provides the key to the reading of the reasons and the operative part in the sense that this paragraph 2 E cannot be detached from paragraphs 2 A, 2 C, 2 D and 2 F. In my view, the adverb "generally" means: in the majority of cases and in the doctrine; its grammatical function is to determine with emphasis the statement made in the main proposition. By using a determinative adverb the Opinion dismisses any other interpretation which would have resulted from the use of a dubitative adverb such as "apparently", "perhaps" or "no doubt". Lastly, the conditional mood of the verb "to be" used in making this statement expresses two ideas: on the one hand a probability, i.e. a characteristic which can be more easily characterized than some other characteristic; and on the other hand a supposition about the future which it is hoped will never come about. These reasons, producing the conclusion of the illegality of the threat or use of nuclear weapons, merely confirm, in my view, the state of positive law.

The absence of a direct and specific reference to nuclear weapons cannot be used to justify the legality, even indirect, of the threat or use of nuclear weapons. The wording of the first clause of operative paragraph 2 E excludes any limitation to the general principle of illegality. On

ral de l'illicéité. A supposer qu'on veuille attribuer une valeur dubitative à l'adverbe «généralement», une conclusion dans le sens d'une inflexion de la portée de l'illicéité ne saurait résister à l'analyse juridique. Lorsqu'on prend l'adverbe «généralement» comme un adverbe de quantité, la signification naturelle du terme exclut toute velléité d'inférer une idée de licéité, qui est contraire au principe fondamental énoncé. Le recours à l'adverbe «généralement» ne s'explique que par l'appel indirect que lance la Cour pour que les conséquences des analyses développées aux paragraphes 70, 71, 72 des motifs soient dégagées par les destinataires de l'avis. En d'autres termes, le droit actuel, que l'avis a relevé, mérite d'être consolidé. L'absence de mention spécifique aux armes nucléaires relève en effet plus de considérations d'opportunité diplomatique, technique ou politique que juridique. Aussi apparaît-il utile d'analyser, en termes de droit, la pratique internationale pour confirmer cette interprétation.

Trois données méritent de retenir l'attention. En premier lieu, aucune réédition des précédents de Hiroshima et de Nagasaki n'est intervenue depuis 1945 même si le spectre de la menace nucléaire a été agité; en revanche, les effets du nucléaire, en général et des armes nucléaires, en particulier, sont tels qu'ils remettent en cause les fondements mêmes du droit humanitaire et des conflits armés. En deuxième lieu, aucune déclaration favorable à la licéité de principe de l'arme nucléaire n'a été enregistrée; faut-il insister sur le fait que c'est à titre de justification d'une exception à un principe accepté comme étant de droit, en l'occurrence l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires, que les Etats dotés d'armes nucléaires tentent d'exposer les raisons de leur attitude. En troisième et dernier lieu, l'attitude constante de l'Assemblée générale réservée voire hostile à l'arme nucléaire et le développement continu de la conscience du nucléaire ont abouti à l'élaboration d'un maillage juridique de plus en plus serré du régime des armes nucléaires dont la maîtrise relève de moins en moins du pouvoir discrétionnaire de son détenteur pour arriver à des situations juridiques d'interdiction.

Deux observations se dégagent de ce rappel des données de fait. En premier lieu, le principe de l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'utilisation des armes nucléaires a pris forme de manière progressive en droit positif. Le recensement, en fait exhaustif, des instruments juridiques et actes pertinents révèle l'effet de catalyse qu'a exercé le principe visant à consacrer l'illicéité des armes nucléaires. L'étude du droit positif ne peut se limiter, dès lors, à constater purement et simplement l'état contemporain du droit; ainsi que l'a souligné la Cour permanente internationale de Justice dans l'affaire des *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, la question de la conformité au regard du droit international dépend de l'évolution des idées et des rapports internationaux. Le réalisme juridique amène à accepter que la conscience juridique des questions nucléaires dépend de l'évolution des idées et des connaissances tandis qu'une donnée reste permanente: l'objectif final, à savoir le désarmement nucléaire. Le même effet de catalyse peut être observé dans l'évolution du droit de la Charte des Nations Unies. Les cas du droit de

the assumption that the intention is to assign a dubitative value to the adverb "generally", no conclusion implying modification of the scope of the illegality could withstand legal analysis. When "generally" is taken as an adverb of quantity, the natural meaning of the word excludes any temptation to infer an idea of legality, which is contrary to the fundamental principle stated. The use of the adverb "generally" is due only to an indirect appeal by the Court for the consequences of the analyses contained in paragraphs 70, 71 and 72 of the reasons to be drawn by those to whom the Opinion is addressed. In other words, the current law, which the Opinion has stated, wants consolidation. The absence of a specific reference to nuclear weapons in fact has more to do with considerations of diplomatic, technical or political expediency than with juridical considerations. It would thus seem necessary to analyse the international practice in terms of law, in order to confirm this interpretation.

Three facts deserve attention. Firstly, there has been no repetition of the precedents of Hiroshima and Nagasaki since 1945 even though the spectre of the nuclear threat has been widely debated; on the other hand, the effects of nuclear power in general, and of nuclear weapons in particular, are such as to challenge the very foundations of humanitarian law and the law of armed conflict. Secondly, no declaration of the legality of nuclear weapons in principle has been recorded; there is no need to emphasize the fact that it is in the form of a justification of an exception to a principle accepted as being established in law, in this case the illegality of the threat or use of nuclear weapons, that the nuclear-weapon States seek to present the reasons for their attitude. Thirdly and lastly, the consistently guarded and even hostile attitude of the General Assembly towards nuclear weapons and the continuous development of nuclear awareness have resulted in the steady tightening of the juridical mesh of the régime governing nuclear weapons, the control of which belongs less and less to the discretionary power of their possessors, in order to arrive at juridical situations of prohibition.

Two observations are prompted by this account of the facts. Firstly, the principle of the illegality of the threat or use of nuclear weapons has taken shape gradually in positive law. An exhaustive inventory of the relevant legal instruments and acts reveals the catalytic effect of the principle that nuclear weapons should be regarded as unlawful. The study of the positive law cannot be limited, therefore, to stating purely and simply the current state of the law; as the Permanent Court of International Justice stressed in the case concerning *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, the question of conformity with international law depends on the evolution of thinking and of international relations. Legal realism argues for acceptance of the notion that the juridical awareness of nuclear matters depends on the evolution of attitudes and knowledge, while one fact remains permanent: the final objective — nuclear disarmament. The same catalytic effect can be seen in the evolution of the law of the Charter of the United Nations. The examples of the law of decolonization and of the law of Article 2, paragraph 4, show that, originally, to

la décolonisation ainsi que de celui du paragraphe 4 de l'article 2 montrent qu'à l'origine considérer les principes y afférents comme relevant du domaine des prolégomènes juridiques relevait de l'hérésie juridique, or peut-on encore soutenir ces mêmes thèses aujourd'hui ? Ne peut-on aussi s'interroger sur l'avènement d'un ordre écologique et environnemental qui tendrait à se superposer à l'ordre nucléaire et qui est en voie d'élaboration dans l'ordre du droit positif ? En matière d'emploi ou de menace d'emploi des armes nucléaires, aucun doute n'est plus permis quant à son illicéité. Mais, pour certains Etats, la difficulté résulte de l'absence de consolidation conventionnelle de ce principe, question soulevée par la seconde observation.

En second lieu, le silence sur le cas spécifique des armes nucléaires en matière de régime juridique de l'utilisation des armes exclut-il vraisemblablement l'illicéité coutumière de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires ? Sans aucun doute, dans une matière aussi importante pour la paix et l'avenir de l'humanité, la solution conventionnelle reste la meilleure des méthodes en vue de réaliser un désarmement général en particulier nucléaire. Mais le consensualisme caractéristique du droit international ne saurait se limiter ni à une technique d'ingénierie contractuelle ou conventionnelle, ni à une formalisation par vote majoritaire des normes de droit international. Le droit des armes nucléaires représente une des branches du droit international qu'on ne saurait envisager sans un minimum d'exigences éthiques qui expriment des valeurs auxquelles participent les membres de la communauté dans leur ensemble. La survie de l'humanité et de la civilisation est une de ces valeurs. Il ne s'agit pas de substituer l'ordre moral à l'ordre juridique de droit positif au nom d'un ordre supérieur ou révélé quelconque. Les exigences morales ne sont pas des sources directes et positives de prescriptions ou d'obligations, mais elles représentent un cadre à l'aune duquel sont scrutées et interpellées les techniques et les règles d'ingénierie conventionnelle et consensuelle. Dans les grandes causes de l'humanité, les exigences du droit positif et de l'éthique font un et les armes nucléaires de par leurs effets destructeurs en sont. Dans ces conditions, l'illicéité relève-t-elle de l'*opinio juris* ? A cette question, la Cour donne une réponse que d'aucuns considéreraient dubitative alors qu'une réponse affirmative, à mon avis, ne fait pas de doute et prévaut.

Traditionnellement, en matière de recherche de l'*opinio juris*, lorsqu'il s'agit d'examiner les relations entre le fait et le droit, le fait précède le droit : de l'analyse des faits se détermine l'application de la règle de droit. Mais peut-il en être de même dans la présente procédure consultative : en effet il est demandé à la Cour de remonter aux principes premiers qui fondent la règle normative (voir ci-après) avant de dire si l'interprétation combinée des règles pertinentes aboutit à la licéité ou non de l'emploi ou de la menace de l'emploi des armes nucléaires. En d'autres termes, la Cour se trouve face à une hypothèse où la règle de droit semble précéder le fait. La Cour se montre, à juste titre, très rigoureuse et très exigeante lorsqu'elle entend sanctionner la consolidation juridique d'une pratique au titre de

regard the relevant principles as falling within the sphere of juridical prolegomena amounted to a legal heresy. Can these same arguments be maintained today? Cannot questions also be asked about the advent of an ecological and environmental order which would tend to superimpose itself on the nuclear order and which is in process of being elaborated in the order of positive law? There is no longer any permissible doubt about the illegality of the threat or use of nuclear weapons. But for some States the difficulty stems from the fact that this principle has not been consolidated in treaties, a question raised by the second observation.

Secondly, does the silence on the specific case of nuclear weapons with respect to a legal régime for their use truly exclude the customary illegality of the threat or use of nuclear weapons? There can be no doubt that, in a matter of such importance for peace and the future of mankind, the treaty solution remains the best means of achieving general disarmament and nuclear disarmament in particular. But the consensualism characteristic of international law cannot be limited either to a technique of contractual or conventional engineering or to the formalization by majority vote of the rules of international law. The law of nuclear weapons is one of the branches of international law which is inconceivable without a minimum of ethical requirements expressing the values to which the members of the international community as a whole subscribe. The survival of mankind and of civilization is one of these values. It is not a question of substituting a moral order for the legal order of positive law in the name of some higher or revealed order. The moral requirements are not direct and positive sources of prescriptions or obligations but they do represent a framework for the scrutiny and questioning of the techniques and rules of conventional and consensual engineering. On the great issues of mankind the requirements of positive law and of ethics make common cause, and nuclear weapons, because of their destructive effects, are one such issue. In these circumstances, is illegality a matter of *opinio juris*? To this question the Court gives an answer which some would consider dubitative, whereas an answer in the affirmative, in my view, cannot be questioned and prevails.

Traditionally, when an *opinio juris* is sought, the fact precedes the law in the examination of the relations between the fact and the law: the analysis of the facts determines the application of the rule of law. But can this hold good in the present advisory proceedings? The Court is in fact requested to go back to the first principles which provide the foundation of the normative rule (see below) before saying whether the combined interpretation of the relevant rules results in the legality or illegality of the threat or use of nuclear weapons. In other words, the Court is dealing with a case in which the rule of law appears to precede the fact. The Court is rightly very rigorous and very exacting when it is considering sanctioning the juridical consolidation of a practice by way of an *opinio*

l'*opinio juris*. Mais la référence de plus en plus fréquente, que fait la Cour, aux principes énoncés dans la Charte, aux résolutions et actes des organisations internationales, n'est-elle pas l'indice d'une solution de continuité? La reconnaissance de la nature coutumière des principes énoncés au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* constitue, en effet, une rupture significative avec la pratique antérieure. La proclamation répétée de principes, considérés jusque-là comme seulement moraux mais d'une importance telle que le caractère irréversible de leur acceptation apparaît définitif, n'est-elle pas constitutive de l'avènement d'une *pratique constante et uniforme* ? C'est sur le fondement de ces considérations concrètes que s'est effectuée l'incorporation en droit coutumier de principes aussi importants que celui de l'interdiction du génocide, du droit à la décolonisation, de la prohibition du recours à la force, de la théorie des compétences implicites. En la présente espèce, la conviction affirmée de manière constante, jamais démentie dans les faits en son principe, représente l'indice de l'incorporation en droit coutumier du principe de l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires.

* * *

Le second alinéa du même paragraphe 2 E peut amener à se demander si la Cour n'a pas tenté d'esquiver une réponse claire à la question fondamentale que lui a adressée l'Assemblée générale. Une partie importante des développements consacrés à la motivation de l'avis vise à établir que le droit international n'interdirait pas l'emploi ou la menace d'utilisation des armes nucléaires. Le problème, dès lors, se pose de savoir si dans le traitement de la requête de l'Assemblée générale la Cour ne s'est pas fondée sur un postulat: l'égalité de traitement à réserver tant au principe de la licéité qu'à celui de l'illicéité. Cette difficulté, à mon avis, amène à examiner successivement l'objet essentiel de la question posée puis l'objet du second alinéa du paragraphe 2 E.

Le sens naturel des mots utilisés dans la résolution de l'Assemblée générale définit l'objet même de la question: le droit international autorise-t-il l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires en toute circonstance. En parlant simultanément et surtout sur le même plan «de la licéité ou de l'illicéité», l'avis répond-il fidèlement à la question posée?

A mon avis, la structure de la question impliquait une analyse d'ensemble du droit régissant les armes nucléaires dans le cadre des limites formulées par l'objet de la question.

La structure de la question de l'Assemblée générale a mis mal à l'aise plusieurs délégations en raison d'une part de son caractère inédit et d'autre part de la portée de la première partie du dispositif de l'avis.

En premier lieu, le caractère juridique de la question justifie amplement la suite positive que la Cour a réservée à la requête de l'Assemblée géné-

juris. But does not the Court's increasingly frequent reference to the principles stated in the Charter and to the resolutions and legal instruments of international organizations indicate a solution of continuity? The recognition of the customary nature of the principles set out in Article 2, paragraph 4, of the Charter and in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* constitutes in fact a significant break with earlier practice. Does not the repeated proclamation of principles, hitherto regarded as merely moral but of such importance that the irreversible nature of their acceptance appears definitive, constitute the advent of a *constant and uniform practice*? It is on the basis of these concrete considerations that such important principles as the prohibition of genocide, the right to decolonization, the prohibition of the use of force, and the theory of implicit jurisdictions have been incorporated in customary law. In the present case it is this conviction, constantly affirmed and never denied in principle in the facts, which indicates the incorporation of the principle of the illegality of the threat or use of nuclear weapons in customary law.

* * *

The second clause of paragraph 2 E might prompt one to wonder whether the Court did not try to evade giving a clear answer to the basic question addressed to it by the General Assembly. Much of the argumentation of the reasons for the Opinion is designed to establish that international law would not prohibit the threat or use of nuclear weapons. Thus, the problem is to decide whether in its handling of the General Assembly's request the Court has not based its position on a postulate: the equality of treatment to be accorded both to the principle of legality and to the principle of illegality. This difficulty, in my view, calls for an examination of the essential purpose of the question put, followed by an examination of the subject-matter of the second clause of paragraph 2 E.

The natural meaning of the words used in the General Assembly resolution defines the actual subject-matter of the question: does international law authorize the threat or use of nuclear weapons in any circumstance? Does the Opinion answer this question honestly when it speaks simultaneously, and most importantly on the same footing, of "the legality or the illegality"?

In my view, the structure of the question implied a comprehensive analysis of the law governing nuclear weapons within the framework of the limits set by the subject-matter of the question.

Several delegations were uncomfortable with the structure of the General Assembly's question, partly because the question was unprecedented and partly because of the scope of the matters dealt with in the first section of the operative part of the Opinion.

Firstly, the legal character of the question amply justifies the Court's positive reaction to the General Assembly's request. But the Court's judi-

rale. Mais la réponse judiciaire de la Cour apparaît énigmatique voire incohérente si au préalable la Cour n'en donne pas la clef de lecture. L'avis aurait dû développer le sens de l'interprétation qu'elle a implicitement retenue de la notion de «question juridique». Les travaux préparatoires de la conférence de San Francisco sont discrets sur les tentatives de définition de cette notion. Peut-on considérer que sa signification relèverait des données immédiates à la conscience ou bien envisager ce silence comme l'expression du malaise du juriste lorsqu'il doit envisager en soi la notion de «question».

Dans l'histoire de la juridiction universelle, le contexte de la présente procédure consultative est unique. La requête de l'Assemblée générale est dépourvue de tout lien de connexité quelconque avec un différend international ou avec un différend né d'une divergence d'interprétation portant sur une règle écrite et déterminée. La mission de la Cour est en effet complexe dans la présente espèce. La conclusion finale, ou pour reprendre le langage théâtral, le dénouement, consiste pour elle à se prononcer sur la conformité ou non d'un acte, d'une décision, d'un fait, à une règle normative supérieure; mais, pour ce faire, la Cour doit, au préalable, constater l'existence ou l'absence de prescriptions à caractère général et objectif (paragraphes 2 A et 2 B du dispositif) d'un côté et justifier la nature juridique des principes ainsi identifiés et énoncés. En d'autres termes, pour parodier Levi-Strauss, l'Assemblée générale demande à la Cour de s'interroger sur des questions que d'aucuns ne se posent pas. La difficulté inhérente à ce type de question porte sur l'étendue de la réponse que la Cour souhaite fournir tant dans le motif que dans le dispositif (voir avis, par. 104). Dans le présent cas, ainsi qu'il a été évoqué plus haut, un traitement égalitaire a été réservé par la Cour aux différents aspects du problème de la licéité et de l'illicéité, avec une attention particulière à l'égard de la question de l'absence d'interdiction de l'emploi.

Expressis verbis, la résolution 49/75 ne demande pas un avis juridique sur l'illicéité ou l'interdiction de l'utilisation ou de la menace de l'emploi des armes nucléaires. L'Assemblée générale invite la Cour à remonter jusqu'aux principes premiers et aux propositions les plus générales qui expliquent ou peuvent remettre en cause l'interprétation selon laquelle, en l'absence de règles acceptées comme telles et interdisant de tels actes, la liberté discrétionnaire serait la norme. Les critiques portant sur la structure de la question n'ont évidemment pas manqué d'être soulevées. L'analyse des arguments développés pour soutenir l'idée selon laquelle la question serait mal posée se fonde sur deux raisons principales: tout d'abord le caractère évident ou absurde de la question car la réponse ne fait pas de doute: aucune règle n'autorise en droit international l'utilisation ou la menace de l'emploi des armes nucléaires; ensuite une telle question, que ces critiques considèrent comme apparemment valide, risquerait d'aboutir à des conclusions inadmissibles compte tenu de la nature judiciaire de la Cour. En jugeant opportun d'une part de donner suite à la demande d'avis de l'Assemblée générale (dernière partie du dispositif) et d'autre part de ne pas reformuler les termes de la question (voir

cial reply would appear enigmatic or even incoherent if the Court had not previously provided the key to its reading. The Opinion ought to have elaborated on the meaning of the interpretation of the notion of "legal question" it had implicitly opted for. The *travaux préparatoires* of the San Francisco Conference are reticent on the attempts to define this notion. Can we take it that its meaning is to be found in the data directly available to the mind or should we view this silence as the expression of the jurist's unease when he has to contemplate the notion of "question" as such.

The context of these advisory proceedings is unique in the history of the World Court. The General Assembly's request has nothing whatsoever in common with an international dispute or with a dispute born of a difference of interpretation of a specific written rule. The Court's task is in fact a complex one in the present case. The final conclusion, or to use the language of the theatre, the dénouement, is for the Court to pronounce on the compliance or non-compliance of an act, decision or fact with a higher normative rule; but in order to do this the Court must first ascertain the presence or absence of general, objective prescriptions (paras. 2 A and 2 B of the *dispositif*) and then justify the legal nature of the principles thus identified and stated. In other words, to parody Lévi-Strauss, the General Assembly is requesting the Court to try to answer questions which no one asks. The inherent difficulty of this kind of question lies in the scope of the reply which the Court wishes to give both in the reasons and in the operative part (see Opinion, para. 104). In this case, as pointed out above, the Court gave equal treatment to the different aspects of the problem of legality and illegality, devoting particular attention to the question of the absence of a prohibition on use.

Expressis verbis, resolution 49/75 does not request a legal opinion on the illegality or prohibition of the threat or use of nuclear weapons. The General Assembly invites the Court to go back to the first principles and to the most general propositions which explain or may call into question the interpretation that, in the absence of rules accepted as such which prohibit such acts, discretionary freedom would be the norm. There was obviously no lack of criticism of the structure of the question. The arguments put forward to support the idea that the question was poorly defined were based on two main grounds: first, the obvious or absurd nature of the question, for the reply is not in doubt: no rule authorizes in international law the threat or use of nuclear weapons; second, such a question, which these criticisms regard as apparently valid, would run the risk of leading to inadmissible conclusions in view of the judicial nature of the Court. By seeing fit on the one hand to respond to the General Assembly's request (last section of the operative part) and on the other hand not to reformulate the terms of the question (see para. 20), notwithstanding the slight difference between the English and French versions of the text, the Court rejected the sophistry of fear of innovation. Such a

par. 20), nonobstant la légère différence entre les versions anglaise et française du texte, la Cour a rejeté le sophisme de la peur de l'innovation. Une telle question ne constitue ni une remise en cause ni une demande de modification du droit positif; il n'est pas non plus demandé à la Cour de se départir de sa fonction judiciaire car:

> «La Cour, en tant qu'organe judiciaire international ... est ... censée constater le droit international et, dans une affaire relevant de l'article 53 du Statut comme dans toute autre, est donc tenue de prendre en considération de sa propre initiative toutes les règles de droit international qui seraient pertinentes pour le règlement du différend. La Cour ayant pour fonction de déterminer et d'appliquer le droit dans les circonstances de chaque espèce, la charge d'établir ou de prouver les règles de droit ... ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour.» (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 9, par. 17, p. 181, par. 18.)

Ces considérations permettent de mieux comprendre la signification de la notion de *question juridique* ainsi que la méthode observée par la Cour pour répondre à la question de l'Assemblée générale. La question, en effet, ne se réduit pas à une demande ou à une interrogation adressée à la Cour et dont la réponse se limiterait à une alternative.

En envisageant de manière exhaustive tous les aspects du problème, l'avis donne à la question juridique une large dimension. Une question représente un sujet, une matière sur lesquels la connaissance de la règle pertinente manque de certitude. L'incertitude résulte du foisonnement inflationniste de propositions contradictoires ayant un rapport avec le sujet soumis à la Cour. La Cour est alors invitée à y mettre de l'ordre en identifiant les propositions revêtues de la sanction de la normativité juridique et en expliquant par rapport à l'*opinio juris* le statut normatif de telle ou telle autre proposition. Il est évident que la réponse à la consultation ne peut éviter une proposition à caractère généra'.

En second lieu, la réponse favorable à la demande d'avis de l'Assemblée générale, objet de la première partie du dispositif, confirme l'interprétation libérale que la Cour donne du droit d'accès des institutions internationales autorisées à la procédure consultative. Le cas de la demande d'avis introduite par l'Organisation mondiale de la Santé restera, selon toute vraisemblance, singulier, sinon unique. Intrinsèquement, l'objet de la résolution 46/40 de l'OMS ne pouvait donner lieu à critique, chaque institution étant juge de sa propre compétence. Mais lorsque la question établit un lien de conditionnalité entre la réponse, alors éventuelle, de la Cour, et l'exercice des fonctions de prévention des soins de santé primaires, l'institution spécialisée a substitué un lien de conditionnalité au lien de connexité visé par la Charte, le Statut et les actes pertinents de l'Organisation mondiale de la Santé. Le caractère détachable de l'objet de la question par rapport aux fonctions de l'Organisation n'avait pas permis à la Cour, au regard des règles de sa propre compétence, d'exercer sa fonction consultative. Cette référence à l'avis de ce même

question does not amount to a questioning of positive law or to a request for it to be modified; nor was the Court asked to depart from its judicial function, for:

> "The Court . . . as an international judicial organ, is deemed to take judicial notice of international law, and is therefore required in a case falling under Article 53 of the Statute, as in any other case, to consider on its own initiative all rules of international law which may be relevant to the settlement of the dispute. It being the duty of the Court itself to ascertain and apply the relevant law in the given circumstances of the case, the burden of establishing or proving rules of . . . law . . . lies within the judicial knowledge of the Court." (*I.C.J. Reports 1974*, p. 9, para. 17, and p. 181, para. 18.)

These considerations facilitate a better understanding of the meaning of the notion of *legal question* and of the method followed by the Court in replying to the General Assembly's question, which does not in fact amount to a request or question which would restrict the Court's reply to one alternative.

By addressing exhaustively all the aspects of the problem, the Opinion invests the legal question with a broad dimension. A question represents a subject, a matter on which the knowledge of the relevant rule lacks certainty. This uncertainty results from the inflationary proliferation of contradictory propositions having a link to the subject submitted to the Court. The Court is then invited to impose order on them by identifying the propositions clad in the sanction of juridical normativity and by explaining, in terms of an *opinio juris*, the normative status of various propositions. It is obvious that the outcome of such a consultation cannot avoid producing a proposition of a general character.

Secondly, the decision to accept the General Assembly's request for an opinion, the subject of the first section of the operative part, confirms the Court's liberal interpretation of the right of access of authorized international institutions to advisory proceedings. The case of the request for an opinion submitted by the World Health Organization will in all probability remain unusual, if not unique. Intrinsically, the subject-matter of WHO resolution 46/40 could not give rise to criticism, since each institution is the judge of its own jurisdiction. But when the question establishes a link of conditionality between the Court's reply, if any, and the performance of the preventive functions of primary health care, the specialized agency has substituted a link of conditionality for the link of connectivity envisaged by the Charter, the Statute and the relevant instruments of the World Health Organization. The fact that the subject-matter of the question can be detached from the Organization's functions did not allow the Court, in the light of the rules of its own jurisdiction, to perform its advisory function. This connection to today's Opinion is not

jour n'est pas sans intérêt; il est évident que la même majorité d'Etats a voulu obtenir de l'Assemblée générale la confirmation d'une demande d'avis consultatif qui recelait des vices de nature à justifier une absence de réponse de la Cour. En visant la demande de l'OMS, l'Assemblée générale a ravivé le souvenir de l'article 14 du Pacte de la Société des Nations. En l'absence d'une jonction de décisions compte tenu du traitement individualisé de chaque requête, la Cour a confirmé l'étendue importante du champ possible de demande d'avis consultatif que la Cour reconnaît à l'Assemblée générale. Néanmoins, les limites du domaine d'accès à la procédure consultative sont constituées par la nature juridique de l'objet de la question posée. En revanche, n'est pas affectée la jurisprudence bien établie selon laquelle représente une question politique une requête tendant à obtenir par la voie consultative la modification du droit positif.

Les conditions dans lesquelles la Cour s'est acquittée de sa mission l'exposent aux critiques que les professionnels du droit judiciaire ne manqueront pas de formuler à l'encontre de l'ensemble du paragraphe 2 de la partie dispositive de l'avis. La réponse judiciaire, *stricto sensu*, se trouve au paragraphe 2 E; en effet, l'objet de celui-ci est constitué par la déclaration de conformité ou de non-conformité à une règle préétablie. Autour de cette conclusion judiciaire gravitent cependant un certain nombre de propositions dont l'objet est le rappel de justifications ou de pétitions de principe conduisant à la conclusion véritable. Cette structure en circumduction de la partie dispositive combinée avec la rédaction du paragraphe 2 E amène à poser le problème de la consistance véritable de la conclusion judiciaire de l'avis de la Cour. Il est regrettable que les difficultés inhérentes à la matière même des armes nucléaires n'aient pas été mises à profit par la Cour pour assurer de manière plus nette l'accomplissement de sa fonction judiciaire en affirmant plus nettement le principe de l'illicéité grâce à la division en deux paragraphes distincts des deux alinéas du paragraphe 2 E. Une lecture rapide de l'ensemble du texte de l'avis (motifs et dispositif) peut laisser l'image d'une Cour qui s'érige en service de consultation juridique. Or, il n'a pas été demandé à la Cour d'effectuer des analyses juridiques d'une question dont l'utilisation serait laissée à la discrétion des uns et des autres. L'exercice de la fonction consultative impose à la Cour la mission de dire le droit sur la question posée par l'auteur de la requête; le caractère facultatif attaché à la portée normative d'un avis n'a pas pour autant pour conséquence la dénaturation de la fonction judiciaire de la Cour. Son «dictum» constitue l'interprétation de la norme de droit et en violer le dispositif est constitutif de manquement à l'obligation de respecter le droit. Toujours est-il qu'à la différence d'une procédure contentieuse portant sur un différend relatif à des droits subjectifs, l'énoncé du droit dans la procédure consultative peut ne pas nécessairement se limiter à l'alternative du permis/défendu; le droit positif tout en étant complexe doit être clair dans son énoncé, qualité qu'il faut déceler dans le second alinéa du paragraphe 2 E.

* * *

without interest; it is evident that the same majority of States wanted to obtain from the General Assembly confirmation of a request for an advisory opinion which contained defects capable of justifying a decision by the Court not to reply. By referring to the WHO request, the General Assembly revived memories of Article 14 of the Covenant of the League of Nations. By not effecting a joinder of decisions, each request being dealt with separately, the Court confirmed the magnitude of the potential scope of requests for advisory opinions which is adjudged by it to belong to the General Assembly. Nevertheless, the limits of access to the advisory procedure are constituted by the legal nature of the subject-matter of the question put. On the other hand, there is no effect on the settled case-law that a request seeking to obtain by the advisory procedure the amendment of positive law amounts to a political question.

The conditions in which the Court discharged its task expose it to the criticism that procedural law professionals will inevitably level at the whole of paragraph 2 of the operative part of the Opinion. The judicial reply *stricto sensu* is found in paragraph 2 E; in fact, its purpose is to declare compliance or non-compliance with a pre-established rule. However, revolving round this judicial conclusion are a number of propositions whose purpose is to state the justification or *petitio principii* leading to the actual conclusion. This circumductory structure of the operative part combined with the wording of paragraph 2 E poses the problem of the actual consistency of the judicial conclusion in the Advisory Opinion of the Court. It is regrettable that the inherent difficulties of the very subject of nuclear weapons were not turned to advantage by the Court to enable it to exercise its judicial function more definitely by stating the principle of illegality more clearly through a division of the two clauses of paragraph 2 E into two separate paragraphs. A casual perusal of the whole text of the Opinion (reasons and operative part) can give the impression of a Court setting itself up as a legal consultation service. But on this question the Court was not requested to carry out legal analyses whose use would be left to the discretion of the various parties. The exercise of its advisory function imposes on the Court the duty to state the law on the question put by the author of the application; the optional character attached to the normative scope of an opinion does not however have the consequence of changing the nature of the Court's judicial function. Its "dictum" constitutes the interpretation of the rule of law in question, and to violate the operative part of the dictum amounts to a failure to fulfil the obligation to respect the law. It is always the case that, unlike contentious proceedings concerning a dispute over subjective rights, the statement of the law in advisory proceedings can necessarily not be limited to the alternatives of permitted/prohibited; although complex, positive law must be stated with clarity, a quality wanting in the second clause of paragraph 2 E.

* * *

Le second alinéa du paragraphe 2 E pose, à mon avis, des difficultés d'interprétation compte tenu du problème de sa cohérence intrinsèque par rapport aux règles mêmes du droit des conflits armés bien qu'il faille insister sur sa dimension positive: le principe de la soumission à la règle de droit de l'exercice de la légitime défense.

Le paragraphe 2 E traite du droit des conflits armés et du droit humanitaire, deuxième branche du droit applicable à l'emploi ou à la menace d'emploi des armes nucléaires (voir par. 34). Le droit des conflits armés relève du droit écrit, tandis que le principe dit de «de Martens» y accomplit une fonction résiduelle.

Deux conséquences en découlent: la première, ce droit des conflits armés ne saurait être interprété comme comportant des lacunes de nature à justifier une attitude de réserve ou au moins dubitative; la seconde, l'emploi des armes nucléaires ne peut pas se situer en dehors du droit des conflits armés. Aucun Etat n'ayant d'ailleurs soutenu le principe d'un régime de non-droit, l'utilisation de ces armes doit être conforme, au regard du droit, aux règles qui régissent ces conflits. Dans ces conditions, sur une question aussi importante, il ne peut y avoir de doute sur la validité du principe d'illicéité dans le droit des conflits armés.

En envisageant maintenant le fond du droit des conflits armés, le paragraphe 2 E du dispositif, en son second alinéa, introduit une possibilité d'exception aux règles du droit des conflits armés en invoquant une notion jusque-là inconnue de cette branche du droit international: la «circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause». Deux critiques ne peuvent manquer d'être soulevées. En premier lieu, la Cour fait un amalgame entre les règles du droit international et celles de la Charte des Nations Unies d'une part, et le droit des conflits armés et spécialement des règles du droit humanitaire d'autre part; alors que le paragraphe 2 E ne traite que du droit des conflits armés, le droit de la légitime défense relève du paragraphe 2 C. La rigueur et la clarté imposaient, à défaut d'un paragraphe 2 E *bis* autonome par rapport au paragraphe 2 E, le rattachement de la notion de «circonstance extrême de légitime défense» au problème plus général de la légitime défense, objet du paragraphe 2 C. Le paragraphe 2 C couvre l'ensemble des hypothèses du droit de l'emploi de la force par référence aux dispositions de la Charte (art. 2 et 4 et art. 51). A priori, rien n'interdit une interprétation faisant prévaloir les règles de la légitime défense, y compris nucléaire, sur les règles du droit humanitaire, difficulté soulevant en conséquence la seconde critique. En second lieu, la critique porte sur l'acception de ce concept de «circonstance extrême de légitime défense mettant en cause la survie même de l'Etat». Sans aucun doute, sa signification relève de l'expression usuelle, mais cette observation n'est pas suffisante pour servir à la qualification juridique.

La principale difficulté liée à l'interprétation du second alinéa du paragraphe 2 E tient à la nature véritable de l'exception de l'«extrême légitime défense» à l'application du droit humanitaire et de celui des conflits armés. On ne voit ni dans la jurisprudence de la Cour ou de toute autre

In my view, the second clause of paragraph 2 E raises difficulties of interpretation by virtue of the problem of its intrinsic coherence in relation to the rules of the law of armed conflict themselves, although its positive aspect must be emphasized: the principle that the exercise of self-defence is subject to the rule of law.

Paragraph 2 E deals with the law of armed conflict and with humanitarian law, the second branch of law applicable to the threat or use of nuclear weapons (see para. 34). The law of armed conflict is a matter of written law, while the so-called Martens principle performs a residual function.

Two consequences flow from this: firstly, this law of armed conflict cannot be interpreted as containing lacunae of the sort likely to warrant reserve or at least doubt; secondly, nuclear weapons cannot be used outside the context of the law of armed conflict. Moreover, since no State supported the principle of a régime of non-law, the use of these weapons must be in conformity, from the standpoint of the law, with the rules governing such conflict. In these circumstances and on such an important question, there cannot be any doubt about the validity of the principle of illegality in the law of armed conflict.

With regard to the substance of the law of armed conflict, the second clause of operative paragraph 2 E introduces the possibility of an exception to the rules of the law of armed conflict by introducing a notion hitherto unknown in this branch of international law: the "extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake". Two criticisms must be offered. Firstly, the Court makes an amalgamation of the rules of the Charter of the United Nations on the one hand and the law of armed conflict and specifically the rules of humanitarian law on the other; whereas paragraph 2 E deals only with the law of armed conflict, and the right of self-defence belongs in paragraph 2 C. Rigorousness and clarity were necessary, failing a paragraph 2 E *bis* separate from paragraph 2 E and the attachment of the notion of "extreme circumstance of self-defence" to the more general problem of self-defence dealt with in paragraph 2 C. Paragraph 2 C covers all the cases of the right to use force by reference to the provisions of the Charter (Arts. 2 and 4 and Art. 51). *A priori* nothing prohibits an interpretation giving precedence to the rules of self-defence, including nuclear self-defence, over the rules of humanitarian law, a difficulty which leads consequentially to the second criticism. Secondly, the criticism is addressed to the acceptance of this concept of "extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake". There is no doubt that the meaning of this concept is expressed in the normal meaning of the words, but this observation is not sufficient for the purposes of legal qualification.

The principal difficulty of the interpretation of the second clause of paragraph 2 E lies in the true nature of the exception of "extreme circumstance of self-defence" to the application of humanitarian law and the law of armed conflict. Neither the case-law of the International Court or

juridiction, ni dans la doctrine, aucune autorité qui vienne confirmer l'existence d'une distinction entre le cas général d'application des règles du droit des conflits armés et le cas exceptionnel affranchissant une partie belligérante du respect des obligations liées aux règles du droit des conflits armés.

Si une telle règle doit exister, elle ne peut être déduite que de l'intention des Etats auteurs et parties à ces instruments. A plusieurs reprises a été affirmé le fait que n'était pas délibérément envisagé le cas des armes nucléaires lors des négociations et de la conclusion des grandes conventions du droit des conflits armés. Il est, dans ces conditions, difficile d'entrevoir comment ces plénipotentiaires pouvaient envisager des exceptions de cette importance aux principes régissant le droit des conflits armés. Ces principes avaient vocation à s'appliquer dans tous les cas de conflits sans considération particulière du statut des parties en cause, qu'elles soient victimes ou agresseurs. Si une exception avait été envisagée pour être autorisée, les auteurs de ces instruments auraient pu y faire allusion, à savoir par l'insertion des limites ou des exceptions à l'intégrité de l'application de ces instruments.

La distinction proposée par la Cour, en fait, ne pourra être que difficile à appliquer et à terme ne fera que rendre encore plus complexe un problème déjà délicat à maîtriser en droit. M. O. Schachter a établi un recensement des hypothèses dans lesquelles, en dehors de toute agression, un Etat a réclamé le bénéfice du privilège de la légitime défense. Il s'agit de:

> «1. Le recours à la force pour sauver des otages politiques dont il y a lieu de penser qu'ils sont exposés à un danger imminent d'être tués ou blessés;
>
> 2. Le recours à la force contre des agents ou des installations dans un pays étranger dont il y a lieu de penser qu'il soutient des actes terroristes dirigés contre des ressortissants de l'Etat invoquant le droit de se défendre;
>
> 3. Le recours à la force contre des formations militaires terrestres, des aéronefs, des navires ou des installations dont il y a lieu de penser qu'ils sont destinés à lancer une attaque imminente par un Etat ayant une intention hostile déclarée;
>
> 4. Le recours à la force à titre de représailles contre un gouvernement ou des forces militaires en vue d'empêcher le renouvellement d'attaques contre l'Etat ayant entrepris une telle action;
>
> 5. Le recours à la force contre un gouvernement qui a fourni des armes ou un soutien technique à des insurgés dans un Etat tiers.
>
> 6. Le recours à la force contre un gouvernement qui a permis que son territoire soit utilisé par les forces militaires d'un Etat tiers considérées comme constituant une menace pour l'Etat invoquant la légitime défense;
>
> 7. Le recours à la force au nom de la défense collective (ou de la contre-intervention) contre un gouvernement imposé par des forces étrangères et faisant face à une résistance militaire de grande

of any other court nor the doctrine offer any authority to confirm the existence of a distinction between the general case of application of the rules of the law of armed conflict and the exceptional case exempting a belligerent from fulfilling the obligations imposed by those rules.

If such a rule must exist, it can be deduced only from the intention of the States authors of and parties to these instruments. The fact that the case of nuclear weapons was deliberately not addressed during the negotiation and conclusion of the major conventions on the law of armed conflict has been repeatedly stressed. Accordingly, it is difficult to see how these plenipotentiaries could envisage exceptions of such importance to the principles governing the law of armed conflict. These principles were intended to be applied in all cases of conflict without any particular consideration of the status of the parties to the conflict — whether they were victims or aggressors. If an exceptional authorization had been envisaged, the authors of these instruments could have referred to it, for example by incorporating limits or exceptions to their universal application.

The distinction proposed by the Court would certainly be difficult to apply and in the end would only render even more complicated a problem which is already difficult to handle in law. O. Schachter has drawn up an inventory of the cases in which, quite apart from any question of aggression, a State has claimed the privilege of self-defence. These are:

> "(1) the use of force to rescue political hostages believed to face imminent danger of death or injury;
>
> (2) the use of force against officials or installations in a foreign state believed to support terrorist acts directed against nationals of the state claiming the right of defense;
>
> (3) the use of force against troops, planes, vessels or installations believed to threaten imminent attack by a state with declared hostile intent;
>
> (4) the use of retaliatory force against a government or military force so as to deter renewed attacks on the state taking such action;
>
> (5) the use of force against a government that has provided arms or technical support to insurgents in a third state;
>
> (6) the use of force against a government that has allowed its territory to be used by military forces of a third state considered to be a threat to the state claiming self-defense;
>
> (7) the use of force in the name of collective defense (or counter-intervention) against a government imposed by foreign forces and faced with large-scale military resistance by many of its

ampleur d'une partie importante de son peuple.» (O. Schachter, «Self-Defense over the Rule of Law», *AJIL*., 1989, p. 271.)

La question se pose de savoir à quel type d'hypothèse peut se rattacher le cas de l'extrême légitime défense mettant en cause la survie même de l'Etat, pouvant justifier le recours à l'arme suprême et la paralysie de l'application des règles de droit humanitaire et applicables dans les conflits armés. A cette question, une réponse négative s'impose: l'obligation qu'a chaque partie belligérante de respecter les règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés n'est nullement limitée au cas de légitime défense; l'obligation existe indépendamment de la qualité d'agresseur ou de victime. Par ailleurs, aucune preuve attestant l'existence d'une «arme nucléaire propre» n'a été présentée devant la Cour, les Etats se contentant d'affirmer qu'il y avait effectivement problème de compatibilité entre la licéité de l'emploi des armes nucléaires et les règles du droit humanitaire. Ces critiques, à mon avis, privent de fondements logique et juridique l'exception de «légitime défense extrême».

Le respect que je porte à la Cour m'amène cependant à reconnaître que l'organe judiciaire principal des Nations Unies n'ignorait pas ces critiques ainsi que les griefs que ne manqueront pas de formuler les professionnels du monde juridique et judiciaire. Toujours est-il que, à mon avis, l'étroite interrelation qui existe entre tous les éléments de la présente décision implique une lecture de ce second alinéa du paragraphe 2 E à la lumière du paragraphe 2 C du dispositif. Force est alors de constater qu'en dernière analyse la Cour affirme que l'exercice de la légitime défense ne peut être envisagé en dehors de la règle de droit. Les paragraphes 2 C et 2 E définissent les contraintes juridiques préalables à l'exercice de ce droit dans des conditions telles, au regard des paragraphes 2 C, 2 D, 2 E, que la licéité de sa mise en œuvre est plus qu'improbable dans les faits. L'élément le plus important, cependant, réside dans l'aménagement des garanties juridiques. Le paragraphe 2 E laisse ouverte, dans ces circonstances extrêmes, la question de la licéité ou de l'illicéité; il écarte ainsi la possibilité de création de blocs prédéfinis ou prédéterminés de licéité ou d'illicéité. Une réponse ne peut être envisagée qu'*in concreto* à la lumière des conditions des paragraphes 2 C et 2 D précédents. Cette conclusion mérite d'être soulignée car si la Cour n'avait envisagé qu'une seule branche de l'alternative, la solution de la licéité indirecte, le second alinéa aurait réduit à néant l'objet du premier. Le maintien des deux branches de la question ouvre la voie à un débat sur l'illicéité et la licéité au regard du droit international, ainsi que le Tribunal de Nuremberg l'a déjà affirmé:

> «Si le droit international doit jamais devenir une réalité, la question de savoir si l'action entreprise sous le prétexte de la légitime défense était de caractère agressif ou défensif devra faire l'objet d'une enquête ou d'un arbitrage.» (O. Schachter, *op. cit.*, p. 262.)

Cette construction compliquée limite en définitive l'exercice unilatéral de la légitime défense. De surcroît, en réservant sa réponse définitive,

people." (O. Schachter, "Self-defense over the Rule of Law", *AJIL*, 1989, p. 271.)

The question is to decide in which category the case of an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State is at stake, must be placed to justify recourse to the ultimate weapon and the paralysis of the application of the rules of humanitarian law and the law applicable in armed conflict. This question must be answered in the negative: the obligation of each belligerent to respect the rules of humanitarian law applicable in armed conflict is in no way limited to the case of self-defence; the obligation exists independently of the status of aggressor or victim. Furthermore, no evidence of the existence of a "clean nuclear weapon" was presented to the Court, and States merely argued that there was indeed a problem of compatibility between the legality of the use of nuclear weapons and the rules of humanitarian law. In my view, these criticisms strip the exception of "extreme circumstance of self-defence" of all logical and juridical foundation.

However, the respect in which I hold the Court prompts me to acknowledge that the principal judicial organ of the United Nations was not unaware of these criticisms or of the reproaches which the professionals of the juridical and judicial worlds would certainly offer. But I still believe that the close interrelationship of all the elements of this decision requires that the second clause of paragraph 2 E should be read in the light of paragraph 2 C. It must be acknowledged that in the final analysis the Court does affirm that the exercise of self-defence cannot be envisaged outside the framework of the rule of law. Paragraphs 2 C and 2 E define the prior legal constraints on the exercise of this right under such conditions that, in the light of paragraphs 2 C, 2 D and 2 E, the legality of its exercise is more than improbable in actuality. The most important element, however, is the ordering of the legal guarantees. Paragraph 2 E leaves open in these extreme circumstances the question of legality or illegality; it thus sets aside the possibility of creating predefined or predetermined blocks of legality or illegality. A reply can be envisaged only *in concreto* in the light of the conditions of the preceding paragraphs 2 C and 2 D. This conclusion must be emphasized, for if the Court had addressed only one of the alternatives, the solution of indirect legality, the second clause would have nullified the subject-matter of the first clause. By addressing the two branches of the question the Court opens the way to a debate on illegality and legality with respect to international law, as the Nuremberg Tribunal had already stated:

> "Whether action taken under the claim of self-defense was in fact aggressive or defensive must ultimately be subject to investigation or adjudication if international law is ever to be enforced." (O. Schachter, *op. cit.*, p. 262.)

This complicated construction ultimately limits the unilateral exercise of self-defence. Moreover, by reserving its definitive reply, therefore in

donc de principe, la Cour s'aménage un domaine de compétence possible jusque-là inconcevable à cause du jeu du mécanisme combiné de la qualification unilatérale et du droit de veto. L'acuité des termes de la problématique n'a pas, pour autant, amené la Cour jusqu'à accepter de consacrer la primauté des exigences de la survie de l'Etat sur l'obligation de respecter les règles du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés

En conclusion, si les deux alinéas du paragraphe 2 E avaient fait l'objet de paragraphes distincts, j'aurais voté sans hésitation en faveur du premier alinéa et me serais abstenu, si les dispositions du Statut et du Règlement le permettaient, sur le second alinéa. La jonction de ces deux propositions m'amenait en conscience à voter en faveur de l'ensemble car l'essentiel du droit est sauf, et parce que la prohibition des armes nucléaires relève de la responsabilité de tous et de tout un chacun, la Cour ayant apporté sa modeste contribution en interpellant chaque sujet et acteur de la vie internationale sur la base du droit. Je forme le souhait que jamais une juridiction n'ait à devoir statuer dans les termes du second alinéa du paragraphe 2 E.

(*Signé*) Raymond RANJEVA.

principle, the Court is creating a possible sphere of competence hitherto inconceivable owing to the effect of the combined mechanism of unilateral qualification and the right of veto. The difficulty of the terms of the problem did not, however, induce the Court to agree to assert the primacy of the requirements of the survival of a State over the obligation to respect the rules of international humanitarian law applicable in armed conflict.

In conclusion, if the two clauses of paragraph 2 E had appeared as separate paragraphs, I would have voted without hesitation in favour of the first clause and, if the provisions of the Statute and the Rules of the Court so allowed, I would have abstained on the second clause. The joinder of these two propositions caused me to vote in all conscience in favour of the whole, for the essence of the law is safe and the prohibition of nuclear weapons is a question of the responsibility of all and everyone, the Court having made its modest contribution by questioning each subject and actor of international life on the basis of the law. I hope that no court will ever have to rule on the basis of the second clause of paragraph 2 E.

(*Signed*) Raymond RANJEVA.

SEPARATE OPINION OF JUDGE FLEISCHHAUER

I have voted in favour of all of the Court's Conclusions as contained in paragraph 105 of the Advisory Opinion, although these Conclusions do not give a complete and clear-cut answer to the question asked of the Court by the General Assembly. In their incompleteness and vagueness the Court's Conclusions — and in particular their critical point 2E — rather reflect the terrible dilemma that confronts persons and institutions alike which have to deal with the question of the legality or otherwise of the threat or use of nuclear weapons in international law. At present, international law is still grappling with, and has not yet overcome, the dichotomy that exists between the international law applicable in armed conflict and, in particular, the rules and principles of humanitarian law, on the one side, with which principles and rules the use of nuclear weapons — as the Court says in paragraph 95 of its Opinion — seems scarcely reconcilable; and, on the other side, the inherent right of self-defence which every State possesses as a matter of sovereign equality. That basic right would be severely curtailed if for a State, victim of an attack with nuclear, chemical or bacteriological weapons or otherwise constituting a deadly menace for its very survival, nuclear weapons were totally ruled out as an ultimate legal option in collective or individual self-defence.

1. In explaining my views more in detail, I would like to begin by stating that, in my view, the Court is right in its reasoning that the humanitarian rules and principles apply to nuclear weapons (para. 86) and in its conclusion that

> "A threat or use of nuclear weapons should also be compatible with the requirements of the international law applicable in armed conflict particularly those of the principles and rules of international humanitarian law . . ." (Point 2D of the Conclusions.)

This is so, because of the intrinsically humanitarian character of those rules and principles and in spite of the fact that they essentially evolved much before nuclear weapons were invented. This finding is also not altered by the fact that the Geneva Conferences, which were held after the appearance on the international scene of nuclear weapons and which adopted the four Geneva Conventions of 12 August 1949 on the Protection of War Victims as well as the Protocol I of 8 June 1977 to those Conventions, did not address nuclear weapons specifically. The same is true for other principles of the law applicable in armed conflict, such as

OPINION INDIVIDUELLE DE M. FLEISCHHAUER

[Traduction]

J'ai voté pour toutes les conclusions de la Cour énoncées au paragraphe 105 de l'avis consultatif bien qu'elles n'apportent pas une réponse complète et tranchée à la question posée à la Cour par l'Assemblée générale. Incomplètes et vagues comme elles le sont, les conclusions de la Cour — et spécialement le paragraphe 2 E qui est le passage critique — reflètent le terrible dilemme auquel sont confrontées les personnes et les institutions qui ont à traiter de la question de la licéité ou de l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires en droit international. A l'heure actuelle, le droit international est toujours aux prises avec, et n'a pas encore surmonté, la dichotomie qui existe entre, d'une part, le droit international applicable dans les conflits armés, en particulier les règles et principes du droit humanitaire avec lesquels l'utilisation des armes nucléaires n'apparaît guère conciliable — comme la Cour le dit au paragraphe 95 de son avis — et, d'autre part, le droit naturel de légitime défense que chaque Etat possède dans le cadre de l'égalité souveraine des Etats. Il serait gravement porté atteinte à ce droit fondamental si, s'agissant d'un Etat victime d'une attaque menée avec des armes nucléaires, chimiques et biologiques ou de toute autre manière constituant une menace mortelle pour sa survie, les armes nucléaires étaient totalement exclues comme moyen légal ultime dans l'exercice d'une légitime défense individuelle ou collective.

1. Exposant maintenant mes vues de façon plus détaillée, je voudrais tout d'abord indiquer qu'à mon sens la Cour a raison de considérer que les règles et les principes humanitaires s'appliquent aux armes nucléaires (par. 86) et de conclure ainsi:

> «La menace ou l'emploi d'armes nucléaires devrait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles des principes et règles du droit international humanitaire...» (Paragraphe 2 D du dispositif.)

S'il en est ainsi, c'est en raison du caractère intrinsèquement humanitaire de ces règles et principes et en dépit du fait qu'elles ont été pour l'essentiel élaborées bien avant l'invention des armes nucléaires. Cette conclusion reste vraie bien que les Conférences de Genève qui se sont tenues après l'apparition des armes nucléaires sur la scène internationale et qui ont adopté les quatre conventions de Genève du 12 août 1949 relatives à la protection des victimes de la guerre ainsi que le protocole additionnel I à ces conventions du 8 juin 1977 n'aient fait aucune mention spécifique des armes nucléaires. Il en va de même pour les autres principes du droit

the principle of neutrality which likewise evolved much before the advent of nuclear weapons.

2. The rules and principles of humanitarian law applicable in armed conflict are expression of the — as the Court puts it (para. 95) — "overriding consideration of humanity" which is at the basis of international law and which international law is expected to uphold and defend. The humanitarian rules and principles remind States that whatever the weaponry used, notwithstanding the regrettable inevitability of civilian losses in times of war, civilians might never be the object of an attack. So far as combatants are concerned, weapons may not be used that cause unnecessary suffering. Similarly, the respect for the neutrality of States not participating in an armed conflict is a key element of orderly relations between States. The nuclear weapon is, in many ways, the negation of the humanitarian considerations underlying the law applicable in armed conflict and of the principle of neutrality. The nuclear weapon cannot distinguish between civilian and military targets. It causes immeasurable suffering. The radiation released by it is unable to respect the territorial integrity of a neutral State.

I therefore agree with the Court's finding in the first paragraph of point 2 E of the Conclusions, to the effect that

> "the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law".

3. As the Court rightly sees it, the answer to the question asked of it by the General Assembly does not lie alone in a finding that the threat or use of nuclear weapons would be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law. Through the use of the word "generally" in the first paragraph of point 2 E of the Conclusions and through the addition of the second paragraph to that point, the Court points to qualifications that apply or may apply to its findings regarding irreconcilability between the use of nuclear weapons and humanitarian law. The word "generally" limits the finding as such; and according to the second paragraph,

> "in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake".

To end the matter with the simple statement that recourse to nuclear weapons would be contrary to international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law, would have meant that the law applicable in armed conflict, and in particular the humanitarian law, was given precedence over the inherent right of individual or collective self-defence which every State possesses as a matter of sovereign equality and which is expressly preserved in

applicable dans les conflits armés comme le principe de neutralité qui est né lui aussi bien avant l'apparition des armes nucléaires.

2. Les règles et principes du droit humanitaire applicable dans les conflits armés traduisent, comme le dit la Cour (par. 95), le «principe primordial d'humanité» qui est à la base du droit international et que celui-ci est appelé à soutenir et à défendre. Les règles et principes humanitaires rappellent aux Etats que, quel que soit l'armement employé, et bien que les pertes civiles soient malheureusement inévitables en période de guerre, les civils ne peuvent jamais faire l'objet d'une attaque. En ce qui concerne les combattants, on ne doit pas utiliser d'armes causant des maux superflus. De même le respect de la neutralité des Etats ne participant pas à un conflit armé est un élément clé des relations harmonieuses entre les Etats. L'arme nucléaire est, à bien des égards, la négation des considérations humanitaires qui inspirent le droit applicable dans les conflits armés et le principe de neutralité. L'arme nucléaire ne peut faire la distinction entre objectifs civils et objectifs militaires. Elle cause d'immenses souffrances. Les rayonnements qu'elle émet ne peuvent pas respecter l'intégrité territoriale d'un Etat neutre.

J'approuve donc la conclusion de la Cour figurant au premier alinéa du paragraphe 2 E du dispositif, à savoir que:

> «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire».

3. La Cour a raison de considérer que la réponse à la question que l'Assemblée générale lui a posée ne consiste pas simplement à dire que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire. En utilisant le mot «généralement» au premier alinéa du paragraphe 2 E du dispositif et en ajoutant un second alinéa, la Cour indique que ce qu'elle dit au sujet de l'impossibilité de concilier l'emploi d'armes nucléaires et le droit humanitaire est soumis ou peut être soumis à des réserves. Le mot «généralement» limite la portée de la conclusion en tant que telle et, selon le second alinéa:

> «Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause.»

Si l'on avait répondu à la question en disant simplement que le recours à l'arme nucléaire serait contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire, cela aurait signifié que le droit applicable dans les conflits armés, et spécialement le droit humanitaire, l'emporte sur le droit naturel de légitime défense individuelle ou collective que chaque Etat possède dans le cadre de l'égalité souveraine des Etats, droit qui est

Article 51 of the Charter. That would be so because if a State is the victim of an all-out attack by another State, which threatens the very existence of the victimized State, recourse to the threat or use of nuclear weapons in individual (if the victimized State is a nuclear-weapon State) or collective (if the victim is a non-nuclear-weapon State allied to a nuclear-weapon State) self-defence could be for the victimized State the last and only alternative to giving itself up and surrender. That situation would in particular exist if the attack is made by nuclear, bacteriological or chemical weapons. It is true that the right of self-defence as protected by Article 51 of the Charter is not weapon-specific (paragraph 39 of the considerations of the Opinion). Nevertheless, the denial of the recourse to the threat or use of nuclear weapons as a legal option in any circumstance could amount to a denial of self-defence itself if such recourse was the last available means by way of which the victimized State could exercise its right under Article 51 of the Charter.

A finding that amounted to such a denial therefore would not, in my view, have been a correct statement of the law; there is no rule in international law according to which one of the conflicting principles would prevail over the other. The fact that the attacking State itself would act in contravention of international law, would not alter the situation. Nor would recourse to the Security Council, as mandated by Article 51, guarantee by itself an immediate and effective relief.

4. It is true that the qualifying elements in point 2 E of the Conclusions have been couched by the Court in hesitating, vague and halting terms. The first paragraph of point 2 E does not explain what is to be understood by "*generally* . . . contrary to the rules of international law applicable in armed conflict" (emphasis added), and the wording of the second paragraph of point 2 E avoids taking a position when it says that,

> "in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake".

Nor is the reasoning of the Court in the considerations of its Opinion leading up to the qualifications of the main finding in point 2 E very clear. As far as the term "generally" in the first paragraph of point 2 E of the Conclusions is concerned, the Court's explanations in paragraph 95 of its Opinion are limited to the statement

> "that it [i.e. the Court] does not have sufficient elements to enable it to conclude with certainty that the use of nuclear weapons would necessarily be at variance with the principles and rules of law applicable in armed conflict in any circumstance".

The considerations leading to the second paragraph of point 2 E are contained in paragraph 96. They refer to Article 51 of the Charter, the State

expressément garanti à l'article 51 de la Charte. En effet, si un Etat est victime de la part d'un autre Etat d'une attaque massive qui menace son existence même, il se peut que le recours à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires au titre de la légitime défense individuelle (si l'Etat attaqué est doté d'armes nucléaires) ou collective (si l'Etat attaqué ne possède pas d'armes nucléaires mais est allié à un Etat qui en est doté) soit pour l'Etat attaqué l'ultime et la seule solution possible en dehors de la reddition. On se trouverait dans cette situation en particulier si l'attaque était menée au moyen d'armes nucléaires, bactériologiques ou chimiques. Certes, l'article 51 de la Charte qui consacre le droit de légitime défense ne mentionne pas d'armes particulières (paragraphe 39 de l'avis). Néanmoins en rejetant le recours à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en tant que possibilité légale en toute circonstance, on risquerait de rejeter la légitime défense elle-même alors que ce recours serait l'ultime moyen disponible par lequel l'Etat attaqué pourrait exercer le droit que lui confère l'article 51.

Une conclusion qui équivaudrait à un tel rejet n'aurait pas été, à mon avis, un juste énoncé du droit; il n'y a pas en droit international de règle selon laquelle l'un des principes antagoniques doit l'emporter sur l'autre. Le fait que l'Etat auteur de l'attaque contreviendrait au droit international ne modifierait pas la situation. Le recours au Conseil de sécurité, qu'exige l'article 51, n'apporte non plus aucune garantie immédiate et efficace d'y remédier.

4. Il est vrai que les éléments restrictifs du paragraphe 2 E du dispositif se présentent sous une forme hésitante, vague et incertaine. Le premier alinéa du paragraphe 2 E n'explique pas ce que l'on doit entendre par «*généralement* contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés» (les italiques sont de moi) et le second alinéa du paragraphe 2 E évite de prendre position lorsqu'il dit:

> «Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause.»

Le raisonnement qu'a suivi la Cour dans l'exposé des motifs qui l'ont amenée à restreindre la portée de sa principale conclusion au paragraphe 2 E n'est pas très clair non plus. Pour ce qui est du terme «généralement» au premier alinéa du paragraphe 2 E du dispositif, les explications de la Cour au paragraphe 95 se bornent à ceci:

> «elle [la Cour] ne dispose pas des éléments suffisants pour pouvoir conclure avec certitude que l'emploi d'armes nucléaires serait nécessairement contraire aux principes et règles du droit applicable dans les conflits armés en toute circonstance».

On trouve au paragraphe 96 les motifs qui expliquent le second alinéa du paragraphe 2 E du dispositif. Ils se réfèrent à l'article 51 de la Charte, à

practice referred to as "policy of deterrence" and the reservations which certain nuclear-weapon States have appended to the undertakings they have given, notably under the Protocols to the Treaties of Tlatelolco and Rarotonga, and also under the declarations made by them in connection with the extension of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (paragraph 59 of the Opinion). The hesitating terms in which the Court has couched the qualifying elements in point 2 E of the Conclusions witness, in my view, the legal and moral difficulties of the territory into which the Court has been led by the question asked of it by the General Assembly.

5. Nevertheless, the Court, by acknowledging in the considerations of its Opinion as well as in point 2 E of the Conclusions the possibility of qualifying elements, made it possible for me to vote in favour of that particularly important point of its Conclusions. The Court could however — and in my view should — have gone further. My view on this is the following:

The principles and rules of the humanitarian law and the other principles of law applicable in armed conflict, such as the principle of neutrality on the one side and the inherent right of self-defence on the other, which are through the very existence of the nuclear weapon in sharp opposition to each other, are all principles and rules of law. None of these principles and rules is above the law, they are of equal rank in law and they can be altered by law. They are justiciable. Yet international law has so far not developed — neither in conventional nor in customary law — a norm on how these principles can be reconciled in the face of the nuclear weapon. As I stated above (paragraph 3 of this separate opinion), there is no rule giving prevalence of one over the other of these principles and rules. International politics has not yet produced a system of collective security of such perfection that it could take care of the dilemma, swiftly and efficiently.

In view of their equal ranking this means that, if the need arises, the smallest common denominator between the conflicting principles and rules has to be found. This means in turn that, although recourse to nuclear weapons is scarcely reconcilable with humanitarian law applicable in armed conflict as well as the principle of neutrality, recourse to such weapons could remain a justified legal option in an extreme situation of individual or collective self-defence in which the threat or use of nuclear weapons is the last resort against an attack with nuclear, chemical or bacteriological weapons or otherwise threatening the very existence of the victimized State.

The same result is reached if, in the absence of a conventional or a customary rule for the conciliation of the conflicting legal principles and rules, it is accepted that the third category of law which the Court has to apply by virtue of Article 38 of its Statute, that is, the general principles of law recognized in all legal systems, contains a principle to the effect

la pratique des Etats dénommée «politique de dissuasion» et aux engagements qu'ils ont pris en vertu, notamment, des protocoles aux traités de Tlatelolco et de Rarotonga, ainsi que des déclarations faites par eux dans le cadre de la prorogation du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (paragraphe 59 de l'avis). Les termes hésitants utilisés par la Cour pour restreindre la portée du paragraphe 2 E du dispositif témoignent, selon moi, des difficultés juridiques et morales rencontrées dans le domaine où la Cour a été entraînée par la question que lui a posée l'Assemblée générale.

5. Néanmoins, en admettant la possibilité d'introduire des éléments restrictifs aussi bien dans l'exposé des motifs de son avis qu'au paragraphe 2 E du dispositif, la Cour m'a permis de voter en faveur de ce paragraphe particulièrement important du dispositif. Elle aurait pu cependant et, selon moi, elle aurait dû aller plus loin. Mon opinion à cet égard est la suivante:

Les principes et les règles de droit humanitaire et les autres principes de droit applicables dans les conflits armés, comme le principe de neutralité, d'une part, et le droit naturel de légitime défense, d'autre part — qui sont en raison même de l'existence de l'arme nucléaire en complète opposition — sont tous des principes et des règles de droit. Aucun de ces principes et aucune de ces règles n'est au-dessus du droit, ils se situent sur un plan d'égalité en droit et ils peuvent être modifiés par le droit. Ils sont justiciables. Pourtant le droit international ne possède pas encore de norme, conventionnelle ou coutumière, qui régisse la manière dont ces principes peuvent être conciliés face à l'arme nucléaire. Comme je l'ai dit plus haut (paragraphe 3 de la présente opinion), il n'y a pas de règle donnant la primauté à l'un de ces principes ou à l'une de ces règles par rapport aux autres. La politique internationale n'a pas encore donné naissance à un système de sécurité collective assez parfait pour résoudre le dilemme de façon rapide et efficace.

Dès lors que les principes et les règles antagoniques se situent sur un plan d'égalité, il faut trouver entre eux, le cas échéant, le plus petit commun dénominateur. Il en résulte donc que, même si l'emploi d'armes nucléaires n'est guère conciliable avec le droit humanitaire applicable dans les conflits armés et avec le principe de neutralité, leur utilisation peut rester une possibilité légale dans une circonstance extrême de légitime défense individuelle ou collective où la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait l'ultime recours contre une attaque menée au moyen d'armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou de toute autre manière menaçant l'existence même de l'Etat attaqué.

On aboutit à la même conclusion si, en l'absence d'une règle conventionnelle ou coutumière régissant la conciliation des principes et règles antagoniques, on admet que la troisième catégorie de dispositions juridiques que la Cour doit appliquer en vertu de l'article 38 de son Statut, à savoir les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées,

that no legal system is entitled to demand the self-abandonment, the suicide, of one of its subjects. Much can be said, in my view, in favour of the applicability of such a principle in all modern legal systems and consequently also in international law.

Whichever of the two lines of reasoning is followed, the result that the smallest common denominator, as I see it, is the guiding factor in the solution of the conflict created by the nuclear weapon between the law applicable in armed conflict and the right of self-defence, is confirmed by the important role played by the policy of deterrence during all the years of the Cold War in State practice of nuclear-weapon States as well as in the practice of non-nuclear-weapon States, supporting or tolerating that policy. Even after the end of the Cold War the policy of deterrence has not altogether been abandoned, if only in order to maintain the balance of power among nuclear-weapon States and in order to deter non-nuclear-weapon States from acquiring and threatening or using nuclear weapons. Nuclear-weapon States have found it necessary to continue beyond the end of the Cold War the reservations they have made to the undertakings they have given, notably to the Treaties of Tlatelolco and Rarotonga (paragraph 59 of the Opinion), and to add similar reservations under the declarations given by them in connection with the unlimited extension of the Non-Proliferation Treaty. These reservations are tolerated by the non-nuclear parties concerned as well as, in the case of the unlimited extension of the Non-Proliferation Treaty, by the Security Council. Of course, as the Court itself has stated (*North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 44), not every act habitually performed or every attitude taken over a prolonged period of time by a plurality of States is a practice relevant for the determination of the state of the law. In the words of the Court:

> "There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty." (*Ibid.*, p. 44, para. 77.)

But the practice embodied in the policy of deterrence is based specifically on the right of individual or collective self-defence and so are the reservations to the guarantees of security. The States which support or which tolerate that policy and those reservations are aware of this. So was the Security Council when it adopted resolution 984 (1995). Therefore, the practice which finds expression in the policy of deterrence, in the reservations to the security guarantees and in their toleration, must be regarded as State practice in the legal sense.

contient un principe selon lequel aucun système juridique ne peut exiger de l'un de ses sujets qu'il accepte de succomber ou qu'il se suicide. Nombreux sont, selon moi, les arguments en faveur de l'applicabilité d'un tel principe dans tous les systèmes juridiques modernes et donc aussi dans le droit international.

Que l'on suive l'un ou l'autre de ces deux raisonnements, le résultat auquel on aboutit, à savoir que le plus petit commun dénominateur est à mon sens l'élément déterminant qui permet de résoudre l'opposition créée par l'arme nucléaire entre le droit applicable dans les conflits armés et le droit de légitime défense, trouve confirmation dans le fait que la politique de dissuasion a joué un rôle important pendant toutes les années de guerre froide dans la pratique étatique des Etats dotés d'armes nucléaires aussi bien que dans la pratique des Etats qui n'en possédaient pas et qui ont appuyé ou toléré cette politique. Même après la fin de la guerre froide, on n'a pas complètement abandonné la politique de dissuasion, ne serait-ce que pour maintenir un équilibre des forces entre les Etats détenteurs d'armes nucléaires et pour dissuader les Etats qui n'en possédaient pas d'acquérir, de menacer d'employer ou d'employer des armes nucléaires. Les Etats dotés d'armes nucléaires ont jugé nécessaire de maintenir après la guerre froide les réserves qu'ils avaient apportées aux engagements pris par eux en vertu notamment des traités de Tlatelolco et de Rarotonga (paragraphe 59 de l'avis) et d'assortir de réserves similaires les déclarations faites par eux dans le cadre de la prorogation pour une durée indéfinie du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires. Ces réserves sont tolérées par les parties intéressées non dotées d'armes nucléaires et, dans le cas de la prorogation pour une durée indéfinie du traité sur la non-prolifération, par le Conseil de sécurité. Certes, comme la Cour elle-même l'a indiqué (*Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 44), tout acte habituel accompli ou toute attitude prise pendant une période prolongée par un certain nombre d'Etats ne constitue pas une pratique qui permette de déterminer l'état du droit. Pour reprendre les termes de la Cour:

> «Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique.» (*Ibid.*, p. 44, par. 77.)

Mais la pratique que constitue la politique de dissuasion est expressément fondée sur le droit de légitime défense individuelle ou collective et il en va de même des réserves portant sur les garanties de sécurité. Les Etats qui appuient ou tolèrent cette politique et ces réserves en sont conscients. Le Conseil de sécurité l'était également lorsqu'il a adopté sa résolution 984 (1995). En conséquence, la pratique que traduisent la politique de dissuasion, les réserves relatives aux garanties de sécurité et la tolérance manifestée à leur égard doit être considérée comme une pratique étatique au sens juridique.

6. For a recourse to nuclear weapons to be lawful, however, not only would the situation have to be an extreme one, but the conditions on which the lawfulness of the exercise of self-defence generally depends would also always have to be met. These conditions comprise, as the Opinion states *expressis verbis* (para. 41) that there must be proportionality. The need to comply with the proportionality principle must not *a priori* rule out recourse to nuclear weapons; as the Opinion states (para. 42): "The proportionality principle may thus not in itself exclude the use of nuclear weapons in all circumstances." The margin that exists for considering that a particular threat or use of nuclear weapons could be lawful is therefore extremely narrow.

The present state of international law does not permit a more precise drawing of the border-line between unlawfulness and lawfulness of recourse to nuclear weapons.

7. In the long run the answer to the conflict which the invention of the nuclear weapon entailed between highest values and most basic needs of the community of States, can only lie in effective reduction and control of nuclear armaments and an improved system of collective security. This is why I have supported point 2F of the Conclusions of the Opinion on the existence of a general obligation of States to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control — although this pronouncement goes, strictly speaking, beyond the question asked of the Court.

(*Signed*) Carl-August FLEISCHHAUER.

6. Pour que le recours à l'arme nucléaire soit licite, il ne faut pas seulement que la situation soit extrême, il faut aussi que soient remplies les conditions auxquelles de façon générale l'exercice licite de la légitime défense est subordonné. Parmi ces conditions figure, comme le dit l'avis *expressis verbis* (par. 41), la condition de proportionnalité. La nécessité de respecter le principe de proportionnalité ne doit pas à priori exclure le recours aux armes nucléaires; ainsi que le précise l'avis «le principe de proportionnalité ne peut pas, par lui-même, exclure le recours aux armes nucléaires en légitime défense en toutes circonstances» (par. 42). La marge permettant de considérer une menace ou un emploi d'armes nucléaires comme éventuellement licite est donc extrêmement étroite.

L'état actuel du droit international ne permet pas de tracer une frontière plus précise entre le recours licite et le recours illicite aux armes nucléaires.

7. A long terme la réponse au conflit que l'invention de l'arme nucléaire a engendré entre les valeurs les plus élevées et les besoins les plus fondamentaux de la communauté des Etats ne peut résider qu'en une réduction et un contrôle efficaces des armements nucléaires et en un meilleur système de sécurité collective. C'est pour cette raison que j'ai appuyé le paragraphe 2 F du dispositif de l'avis qui concerne l'existence d'une obligation générale s'imposant aux Etats de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace — bien qu'à proprement parler cette constatation aille au-delà de la question posée à la Cour.

(*Signé*) Carl-August FLEISCHHAUER.

DISSENTING OPINION OF VICE-PRESIDENT SCHWEBEL

More than any case in the history of the Court, this proceeding presents a titanic tension between State practice and legal principle. It is accordingly the more important not to confuse the international law we have with the international law we need. In the main, the Court's Opinion meets that test. I am in essential though not entire agreement with much of it, and shall, in this opinion, set out my differences. Since however I profoundly disagree with the Court's principal and ultimate holding, I regret to be obliged to dissent.

The essence of the problem is this. Fifty years of the practice of States does not debar, and to that extent supports, the legality of the threat or use of nuclear weapons in certain circumstances. At the same time, principles of international humanitarian law which antedate that practice govern the use of all weapons including nuclear weapons, and it is extraordinarily difficult to reconcile the use — at any rate, some uses — of nuclear weapons with the application of those principles.

One way of surmounting the antinomy between practice and principle would be to put aside practice. That is what those who maintain that the threat or use of nuclear weapons is unlawful in all circumstances do. Another way is to put aside principle, to maintain that the principles of international humanitarian law do not govern nuclear weapons. That has not been done by States, including the nuclear-weapon States, in these proceedings nor should it be done. These principles — essentially proportionality in the degree of force applied, discrimination in the application of force as between combatants and civilians, and avoidance of unnecessary suffering of combatants — evolved in the pre-nuclear age. They do not easily fit the use of weaponry having the characteristics of nuclear weapons. At the same time, it is the fact that the nuclear Powers and their allies have successfully resisted applying further progressive development of humanitarian law to nuclear weapons; the record of the conferences that concluded the Geneva Conventions of 1949 and its Additional Protocols of 1977 establishes that. Nevertheless to hold that inventions in weaponry that post-date the formation of such fundamental principles are not governed by those principles would vitiate international humanitarian law. Nor is it believable that in fashioning these principles the international community meant to exclude their application to post-invented weaponry. The Martens Clause implies the contrary.

OPINION DISSIDENTE DE M. SCHWEBEL, VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

Plus que toute autre affaire dans l'histoire de la Cour, la procédure actuelle présente une tension titanesque entre pratique des Etats et principe juridique. Il n'en est que plus important de ne pas confondre le droit international que nous avons et le droit international dont nous avons besoin. Dans l'ensemble, l'avis de la Cour ne le fait pas. J'approuve pour l'essentiel mais pas entièrement la plus grande partie de l'avis et je préciserai dans l'opinion qui suit les points de divergence. Mais comme je suis en profond désaccord avec l'ultime et principale conclusion de la Cour, j'ai le regret de devoir formuler une opinion dissidente.

Le problème est essentiellement celui-ci. La pratique des Etats pendant cinquante ans n'exclut pas, et dès lors confirme, la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires dans certaines circonstances. En même temps, les principes de droit international humanitaire qui sont antérieurs à cette pratique régissent l'utilisation de toutes les armes, y compris les armes nucléaires, et il est extraordinairement difficile de concilier l'emploi — ou du moins certains emplois — des armes nucléaires avec l'application des principes en question.

Une manière de surmonter la contradiction entre pratique et principe consisterait à faire abstraction de la pratique. C'est ce que font ceux qui soutiennent l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Une autre manière consisterait à faire abstraction du principe et à soutenir que les principes du droit international humanitaire ne s'appliquent pas aux armes nucléaires. Cela n'a pas été fait par les Etats, y compris ceux qui sont dotés d'armes nucléaires, dans la présente affaire et ne devait pas l'être. Ces principes — essentiellement la proportionnalité quant au niveau de la force utilisée, la distinction entre combattants et civils dans l'usage de la force, l'interdiction de causer des maux superflus aux combattants — ont été dégagés à l'époque prénucléaire. Ils ne s'adaptent pas facilement à l'emploi d'un armement ayant les caractéristiques des armes nucléaires. Il faut noter en même temps que les puissances nucléaires et leurs alliés se sont opposés avec succès à ce que le développement progressif du droit humanitaire s'étende aux armes nucléaires, comme en témoignent les travaux des conférences qui ont abouti à l'adoption des conventions de Genève de 1949 et des protocoles additionnels de 1977. Néanmoins soutenir que ces principes fondamentaux ne s'appliquent pas aux inventions mises au point dans le domaine de l'armement postérieurement à leur formation serait dénaturer le droit international humanitaire. Il n'est pas concevable non plus qu'en élaborant ces principes la communauté internationale ait voulu exclure de leur champ d'application les armes qui seraient inventées plus tard. La clause de Martens atteste du contraire.

Before considering the extent to which the chasm between practice and principle may be bridged — and is bridged by the Court's Opinion — observations on their content are in order.

STATE PRACTICE

State practice demonstrates that nuclear weapons have been manufactured and deployed by States for some 50 years; that in that deployment inheres a threat of possible use; and that the international community, by treaty and through action of the United Nations Security Council, has, far from proscribing the threat or use of nuclear weapons in all circumstances, recognized in effect or in terms that in certain circumstances nuclear weapons may be used or their use threatened.

Not only have the nuclear Powers avowedly and for decades, with vast effort and expense, manufactured, maintained and deployed nuclear weapons. They have affirmed that they are legally entitled to use nuclear weapons in certain circumstances and to threaten their use. They have threatened their use by the hard facts and inexorable implications of the possession and deployment of nuclear weapons; by a posture of readiness to launch nuclear weapons 365 days a year, 24 hours of every day; by the military plans, strategic and tactical, developed and sometimes publicly revealed by them; and, in a very few international crises, by threatening the use of nuclear weapons. In the very doctrine and practice of deterrence, the threat of the possible use of nuclear weapons inheres.

This nuclear practice is not a practice of a lone and secondary persistent objector. This is not a practice of a pariah Government crying out in the wilderness of otherwise adverse international opinion. This is the practice of five of the world's major Powers, of the permanent members of the Security Council, significantly supported for almost 50 years by their allies and other States sheltering under their nuclear umbrellas. That is to say, it is the practice of States — and a practice supported by a large and weighty number of other States — that together represent the bulk of the world's military and economic and financial and technological power and a very large proportion of its population. This practice has been recognized, accommodated and in some measure accepted by the international community. That measure of acceptance is ambiguous but not meaningless. It is obvious that the alliance structures that have been predicated upon the deployment of nuclear weapons accept the legality of their use in certain circumstances. But what may be less obvious is the effect of the Non-Proliferation Treaty and the structure of negative and positive security assurances extended by the nuclear Powers and accepted by the Security Council in pursuance of that Treaty, as well as of reser-

Qu'il me soit permis, avant d'examiner comment le fossé entre la pratique et le principe pourrait être comblé, et comment l'avis de la Cour le comble, de présenter certaines observations sur le contenu de l'un et de l'autre.

LA PRATIQUE DES ÉTATS

La pratique étatique montre que les armes nucléaires sont fabriquées et déployées par les Etats depuis une cinquantaine d'années, que la menace de leur utilisation est inhérente à leur déploiement et que, loin de proscrire la menace ou l'emploi d'armes nucléaires dans toutes les circonstances, la communauté internationale a, soit par traité soit par l'action du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, admis en fait ou expressément que, dans certaines circonstances, on pouvait utiliser des armes nucléaires ou menacer de les employer.

Non seulement les puissances nucléaires ont ouvertement et pendant des décennies fabriqué, entretenu et mis en place des armes nucléaires au prix d'efforts et de dépenses considérables, mais elles ont aussi affirmé avoir le droit de s'en servir dans certaines circonstances ou de menacer de s'en servir. Qu'elles aient menacé d'y recourir résulte du simple fait qu'elles possédaient et déployaient ces armes avec les conséquences inexorables qui en découlaient, qu'elles étaient prêtes à lancer des armes nucléaires trois cent soixante-cinq jours par an et vingt-quatre heures sur vingt-quatre, qu'elles avaient élaboré des plans militaires, stratégiques et tactiques, parfois révélés publiquement, et, dans quelques très rares crises internationales, du fait qu'elles avaient effectivement menacé d'utiliser des armes nucléaires. La menace de l'emploi éventuel des armes nucléaires est inhérente à la doctrine et à la pratique mêmes de la dissuasion.

Cette pratique nucléaire n'est pas le fait d'Etats «objecteurs persistants», isolés et d'importance secondaire. Ce n'est pas la pratique d'un gouvernement mis au ban de la communauté des nations ne trouvant aucun écho dans une opinion internationale d'un avis contraire. C'est la pratique de cinq des grandes puissances mondiales, des membres permanents du Conseil de sécurité et elle a été appuyée très largement pendant près de cinquante ans par leurs alliés et par d'autres Etats s'abritant sous leur parapluie nucléaire. Autrement dit, c'est la pratique d'Etats — une pratique appuyée par un nombre important et imposant d'autres Etats — qui, pris ensemble, représentent l'essentiel de la puissance militaire, économique, financière et technologique du monde et une très grande proportion de sa population — et cette pratique a été reconnue, prise en compte et, dans une certaine mesure, acceptée par la communauté internationale. L'étendue de cette acceptation est incertaine mais elle n'est pas dénuée de sens. Il est évident que les alliances fondées sur le déploiement d'armes nucléaires acceptent la licéité de leur emploi dans certaines circonstances. Mais ce qui est peut-être moins évident, c'est l'effet du traité sur la non-prolifération, les conséquences du système de garanties de

vations by nuclear Powers adhering to regional treaties that govern the possession, deployment and use of nuclear weapons.

THE NUCLEAR NON-PROLIFERATION TREATY

The Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT), concluded in 1968 and indefinitely extended by 175 States parties in 1995, is of paramount importance. By the terms of Article I, "Each nuclear-weapon State Party to the Treaty undertakes not to transfer to any recipient whatsoever nuclear weapons . . . or control over such weapons" nor to assist "any non-nuclear-weapon State to manufacture or otherwise acquire nuclear weapons . . .". By the terms of Article II, each non-nuclear-weapon State undertakes not to receive nuclear weapons and not to manufacture them. Article III provides that each non-nuclear-weapon State shall accept safeguards to be negotiated with the International Atomic Energy Agency with a view to preventing diversion of nuclear energy from peaceful uses to nuclear weapons. Article IV preserves the right of all parties to develop peaceful uses of nuclear energy, and Article V provides that potential benefits from peaceful applications of nuclear explosions will be made available to non-nuclear-weapon States parties. Article VI provides:

> "Each of the Parties to the Treaty undertakes to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament, and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control."

Article VII provides:

> "Nothing in this Treaty affects the right of any group of States to conclude regional treaties in order to assure the total absence of nuclear weapons in their respective territories."

Article VIII is an amendment clause. Article IX provides that the Treaty shall be open to all States and that, for the purposes of the Treaty,

> "a nuclear-weapon State is one which has manufactured and exploded a nuclear weapon or other nuclear explosive device prior to 1 January 1967".

sécurité négatives et positives données par les puissances nucléaires et acceptées par le Conseil de sécurité conformément au traité, et c'est aussi l'incidence des réserves des puissances nucléaires adhérant à des traités régionaux régissant la détention, le déploiement et l'emploi d'armes nucléaires.

LE TRAITÉ SUR LA NON-PROLIFÉRATION DES ARMES NUCLÉAIRES

Le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, conclu en 1968 et prorogé pour une durée indéfinie par cent soixante-quinze Etats parties en 1995, revêt une importance fondamentale. Aux termes de l'article premier: «Tout Etat doté d'armes nucléaires qui est partie au traité s'engage à ne transférer à qui que ce soit ... des armes nucléaires ... ou le contrôle de telles armes...» et à n'aider «un Etat non doté d'armes nucléaires, quel qu'il soit, à fabriquer ou acquérir de quelque autre manière des armes nucléaires...» Selon l'article II, tout Etat non doté d'armes nucléaires s'engage à ne pas accepter d'armes nucléaires et à ne pas en fabriquer. L'article III dispose que tout Etat non doté d'armes nucléaires s'engage à accepter les garanties qui devront être négociées avec l'Agence internationale de l'énergie atomique en vue d'empêcher que l'énergie nucléaire ne soit détournée de ses utilisations pacifiques vers des armes nucléaires. L'article IV laisse à toutes les parties le droit de développer l'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques et l'article V stipule que les avantages pouvant découler des applications pacifiques des explosions nucléaires seront accessibles aux Etats non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité. L'article VI dispose que:

> «Chacune des parties au traité s'engage à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace.»

L'article VII est ainsi conçu:

> «Aucune clause du présent traité ne porte atteinte au droit d'un groupe quelconque d'Etats de conclure des traités régionaux de façon à assurer l'absence totale d'armes nucléaires sur leurs territoires respectifs.»

L'article VIII est une clause d'amendement. Aux termes de l'article IX le traité est ouvert à tous les Etats et

> «aux fins du traité, un Etat doté d'armes nucléaires est un Etat qui a fabriqué et a fait exploser une arme nucléaire ou un autre dispositif nucléaire avant le 1er janvier 1967».

Article X is an extraordinary withdrawal clause which also contains provision on the basis of which a conference of the parties may be called to extend the Treaty.

The NPT is thus concerned with the possession rather than the use of nuclear weapons. It establishes a fundamental distinction between States possessing, and States not possessing, nuclear weapons, and a balance of responsibilities between them. It recognizes the possibility of the presence of nuclear weapons in territories in which their total absence has not been prescribed. Nothing in the Treaty authorizes, or prohibits, the use or threat of use of nuclear weapons. However, the Treaty recognizes the legitimacy of the possession of nuclear weapons by the five nuclear Powers, at any rate until the achievement of nuclear disarmament. In 1968, and in 1995, that possession was notoriously characterized by the development, refinement, maintenance and deployment of many thousands of nuclear weapons. If nuclear weapons were not maintained, they might be more dangerous than not; if they were not deployed, the utility of possession would be profoundly affected. Once a Power possesses, maintains and deploys nuclear weapons and the means of their delivery, it places itself in a posture of deterrence.

What does the practice of such possession of nuclear weapons thus import? Nuclear Powers do not possess nuclear arms to no possible purpose. They develop and maintain them at vast expense; they deploy them in their delivery vehicles; and they made and make known their willingness to use them in certain circumstances. They pursue a policy of deterrence, on which the world was on notice when the NPT was concluded and is on notice today. The policy of deterrence differs from that of the threat to use nuclear weapons by its generality. But if a threat of possible use did not inhere in deterrence, deterrence would not deter. If possession by the five nuclear Powers is lawful until the achievement of nuclear disarmament; if possession is the better part of deterrence; if deterrence is the better part of threat, then it follows that the practice of States — including their treaty practice — does not absolutely debar the threat or use of nuclear weapons.

Thus the régime of the Non-Proliferation Treaty constitutes more than acquiescence by the non-nuclear States in the reality of possession of nuclear weapons by the five nuclear Powers. As the representative of the United Kingdom put it in the oral hearings,

> "The entire structure of the Non-Proliferation Treaty . . . presupposes that the parties did not regard the use of nuclear weapons as being proscribed in all circumstances."

To be sure, the acquiescence of most non-nuclear-weapon States in the fact of possession of nuclear weapons by the five nuclear Powers — and

L'article X est une clause de retrait en cas d'événements extraordinaires et contient une disposition sur la base de laquelle une conférence des parties peut être convoquée pour proroger le traité.

Le traité sur la non-prolifération concerne donc la possession d'armes nucléaires plutôt que leur emploi. Il établit une distinction fondamentale entre les Etats détenteurs d'armes nucléaires et les Etats qui n'en possèdent pas et confère aux uns et aux autres des responsabilités équilibrées. Il admet qu'il peut y avoir des armes nucléaires sur des territoires d'où leur absence totale n'a pas été prescrite. Rien dans le traité n'autorise ni n'interdit la menace ou l'emploi d'armes nucléaires. Toutefois le traité considère comme légitime la possession d'armes nucléaires par les cinq puissances nucléaires, du moins tant que le désarmement nucléaire n'est pas réalisé. En 1968 et en 1995, ce qui caractérisait aux yeux de tous la possession, c'était la mise au point, le perfectionnement, l'entretien et le déploiement de milliers et de milliers d'armes nucléaires. Si les armes nucléaires n'étaient pas entretenues, elles pouvaient être en tout état de cause plus dangereuses; si elles n'étaient pas déployées, la possession perdait une bonne part de son utilité. Dès lors qu'une puissance possède, entretient et déploie des armes nucléaires et les moyens de les lancer, elle se met dans une situation de dissuasion.

Que signifie donc cette pratique que constitue la possession d'armes nucléaires? Les puissances nucléaires ne possèdent pas des armes nucléaires sans raison. Elles les mettent au point et les entretiennent à grands frais, elles les déploient avec leurs lanceurs; elles ont fait savoir et continuent à faire savoir qu'elles sont disposées à les utiliser dans certaines circonstances. Elles poursuivent une politique de dissuasion dont le monde était informé lorsque le traité sur la non-prolifération a été conclu et dont il reste informé aujourd'hui. La politique de dissuasion diffère par sa généralité de la politique qui consiste à menacer d'employer des armes nucléaires. Mais si la menace de l'emploi éventuel n'était pas inhérente à la dissuasion, il n'y aurait pas de dissuasion. Si la possession d'armes nucléaires par les cinq puissances nucléaires est licite jusqu'à ce que le désarmement nucléaire devienne une réalité, si la possession est au cœur de la dissuasion, si la dissuasion est au cœur de la menace, il en résulte que la pratique des Etats, y compris leur pratique conventionnelle, n'exclut pas absolument la menace ou l'emploi d'armes nucléaires.

Ainsi le régime institué par le traité sur la non-prolifération constitue plus qu'un acquiescement par les Etats non dotés d'armes nucléaires à la possession effective par les cinq puissances nucléaires d'armes nucléaires. Comme le représentant du Royaume-Uni l'a dit au cours de la procédure orale:

> «Toute la structure du traité sur la non-prolifération ... présuppose que les parties n'ont pas considéré le recours aux armes nucléaires comme proscrit dans toutes les circonstances.»

Certes, l'acquiescement donné par la plupart des Etats non dotés d'armes nucléaires à la possession effective d'armes nucléaires par les cinq puis-

the ineluctable implications of that fact — have been accompanied by vehement protest and reservation of rights, as successive resolutions of the General Assembly show. It would be too much to say that acquiescence in this case gives rise to *opinio juris* establishing the legality of the threat or use of nuclear weapons. What it — and the State practice described — does do is to abort the birth or survival of *opinio juris* to the contrary. Moreover, there is more than the practice so far described and the implications of the Nuclear Non-Proliferation Treaty to weigh.

Negative and Positive Security Assurances Endorsed by the Security Council

In connection with the conclusion of the Treaty in 1968 and its indefinite extension in 1995, three nuclear Powers in 1968 and five in 1995 extended negative and positive security assurances to the non-nuclear States parties to the NPT. In resolution 984 (1995), co-sponsored by the five nuclear Powers, and adopted by the Security Council on 11 April 1995 by unanimous vote,

> "*The Security Council,*
>
> . . . . . .
>
> *Recognizing* the legitimate interest of non-nuclear-weapon States Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons to receive security assurances,
>
> . . . . . .
>
> *Taking* into consideration the legitimate concern of non-nuclear-weapon States that, in conjunction with their adherence to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, further appropriate measures be undertaken to safeguard their security,
>
> . . . . . .
>
> *Considering further* that, in accordance with the relevant provisions of the Charter of the United Nations, any aggression with the use of nuclear weapons would endanger international peace and security,
>
> . . . . . .
>
> 1. *Takes note* with appreciation of the statements made by each of the nuclear-weapon States . . ., in which they give security assurances against the use of nuclear weapons to non-nuclear-weapon States that are Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons;
>
> 2. *Recognizes* the legitimate interest of non-nuclear-weapon States Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons to receive assurances that the Security Council, and above all its

sances nucléaires — avec les conséquences inéluctables attachées à ce fait — s'est accompagné de protestations véhémentes et de réserves de droits comme le montrent les résolutions successives de l'Assemblée générale. Il serait exagéré de dire que l'acquiescement donne naissance en l'occurrence à une *opinio juris* établissant la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Ce qu'il fait — tout comme la pratique des Etats — c'est d'empêcher la naissance ou le maintien d'une *opinio juris* en sens contraire. De surcroît, il faut aller au-delà de la pratique décrite plus haut et des conséquences qu'entraîne le traité sur la non-prolifération.

GARANTIES NÉGATIVES ET POSITIVES DE SÉCURITÉ APPROUVÉES PAR LE CONSEIL DE SÉCURITÉ

En liaison avec la conclusion du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires en 1968 et sa prorogation pour une durée indéfinie en 1995, trois Etats dotés d'armes nucléaires en 1968 et cinq en 1995 ont donné des garanties négatives et positives de sécurité aux Etats parties au traité qui n'étaient pas dotés d'armes nucléaires. Dans sa résolution 984 (1995) dont les coauteurs étaient les cinq Etats dotés d'armes nucléaires et qu'il a adoptée à l'unanimité le 11 avril 1995,

«*Le Conseil de sécurité*,

. . . . . .

Considérant qu'il est de l'intérêt légitime des Etats non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires de recevoir des garanties de sécurité,

. . . . . .

Tenant compte de ce que les Etats non dotés d'armes nucléaires ont le souci légitime de voir adopter, parallèlement à leur adhésion au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, d'autres mesures appropriées pour garantir leur sécurité,

. . . . . .

Considérant en outre qu'au sens où l'entendent les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies, toute agression avec emploi d'armes nucléaires mettrait en danger la paix et la sécurité internationales,

. . . . . .

1. *Prend acte* avec satisfaction des déclarations faites par chacun des Etats dotés de l'arme nucléaire ..., dans lesquelles ceux-ci ont donné aux Etats non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes;

2. *Reconnaît* le désir légitime des Etats dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires d'obtenir l'assurance que le Conseil de sécurité, et en pre-

nuclear-weapon State permanent members, will act immediately in accordance with the relevant provisions of the Charter of the United Nations, in the event that such States are the victim of an act of, or object of a threat of, aggression in which nuclear weapons are used;

3. *Recognizes further* that, in case of aggression with nuclear weapons or the threat of such aggression against a non-nuclear-weapon State Party to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, any State may bring the matter immediately to the attention of the Security Council to enable the Council to take urgent action to provide assistance, in accordance with the Charter, to the State victim of an act of, or object of a threat of, such aggression; and *recognizes also* that the nuclear-weapon State permanent members of the Security Council will bring the matter immediately to the attention of the Council and seek Council action to provide, in accordance with the Charter, the necessary assistance to the State victim;

. . . . . .

7. *Welcomes* the intention expressed by certain States that they will provide or support immediate assistance, in accordance with the Charter, to any non-nuclear-weapon State Party to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons that is a victim of an act of, or an object of a threat of, aggression in which nuclear weapons are used;

. . . . . .

9. *Reaffirms* the inherent right, recognized under Article 51 of the Charter, of individual and collective self-defence if an armed attack occurs against a member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security;

. . . . . ."

It is plain — especially by the inclusion of operative paragraph 9 in its context — that the Security Council, in so taking note "with appreciation" in operative paragraph 1 of the negative security assurances of the nuclear Powers, and in so welcoming in operative paragraph 7 "the intention expressed" by the positive security assurances of the nuclear Powers, accepted the possibility of the threat or use of nuclear weapons, particularly to assist a non-nuclear-weapon State that, in the words of paragraph 7 — "s a victim of an act of, or an object of a threat of, aggression in which nuclear weapons are used".

This is the plainer in view of the terms of the unilateral security assurances made by four of the nuclear-weapon States which are, with the exception of those of China, largely concordant. They expressly contemplate the use of nuclear weapons in specified circumstances. They implicitly do not debar the use of nuclear weapons against another nuclear

mier lieu tous ses membres permanents dotés de l'arme nucléaire, prendrait immédiatement des mesures, conformément aux dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies, au cas où lesdits Etats seraient victimes d'un acte d'agression impliquant l'emploi d'armes nucléaires ou menacés d'une telle agression;

3. *Reconnaît en outre* qu'en cas d'agression ou de menace d'agression avec emploi d'armes nucléaires contre un Etat non doté de telles armes qui est partie au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, tout Etat peut appeler immédiatement l'attention du Conseil de sécurité sur la question de manière à permettre au Conseil de prendre des mesures urgentes afin de fournir, conformément à la Charte, une assistance à l'Etat victime de l'acte d'agression ou menacé d'une telle agression, et *reconnaît également* que les Etats dotés d'armes nucléaires qui sont membres permanents du Conseil de sécurité porteront immédiatement la question à l'attention du Conseil et s'emploieront à obtenir que celui-ci fournisse, conformément à la Charte, l'assistance nécessaire à l'Etat victime;

. . . . . .

7. *Se félicite* que certains Etats aient exprimé l'intention de venir immédiatement en aide ou de prêter immédiatement un appui, conformément à la Charte, à tout Etat non doté d'armes nucléaires partie au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires qui serait victime d'un acte d'agression avec emploi d'armes nucléaires ou serait menacé d'une telle agression;

. . . . . .

9. *Réaffirme* le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, que l'article 51 de la Charte reconnaît à un Membre des Nations Unies qui est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales;

. . . . . .»

Il est clair — si l'on tient compte en particulier de l'insertion du paragraphe 9 dans le dispositif — que le Conseil de sécurité, en prenant acte «avec satisfaction», au paragraphe 1 de ce dispositif, des garanties négatives de sécurité données par les puissances nucléaires et en se félicitant, au paragraphe 7, de l'«intention» que traduisent les garanties de sécurité positives données par les puissances nucléaires, a accepté l'éventualité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, notamment pour venir en aide à un Etat non doté d'armes nucléaires qui, aux termes du paragraphe 7, «serait victime d'un acte d'agression avec emploi d'armes nucléaires ou serait menacé d'une telle agression».

Cela est encore plus clair si l'on se réfère au libellé des garanties de sécurité unilatérales données par quatre des Etats dotés d'armes nucléaires qui sont largement concordantes, le cas de la Chine faisant exception. Elles envisagent expressément l'usage d'armes nucléaires dans des circonstances déterminées. Implicitement elles n'excluent pas l'emploi

Power (or State not party to the NPT), and explicitly do not debar their use against a non-nuclear-weapon State party that acts in violation of its obligations under the NPT.

For example, the United States reaffirms that it will not use nuclear weapons against non-nuclear-weapon States parties to the NPT

> "except in the case of an invasion or other attack on the United States . . . its armed forces, its allies, or on a State towards which it has a security commitment, carried out or sustained by such a non-nuclear-weapon State in association or alliance with a nuclear-weapon State".

The exception clearly contemplates the use of nuclear weapons in the specified exceptional circumstances. The United States assurances add: "parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons must be in compliance" with "their obligations under the Treaty" in order to be "eligible for any benefits of adherence to the Treaty". The United States further "affirms its intention to provide or support immediate assistance" to any non-nuclear-weapon State "that is a victim of an act of, or an object of a threat of, aggression in which nuclear weapons are used". It reaffirms the inherent right of individual or collective self-defence under Article 51 of the Charter "if an armed attack, including a nuclear attack, occurs against a Member of the United Nations . . .". Such affirmations by it — and their unanimous acceptance by the Security Council — demonstrate that nuclear Powers have asserted the legality and that the Security Council has accepted the possibility of the threat or use of nuclear weapons in certain circumstances.

OTHER NUCLEAR TREATIES

As the Court's Opinion recounts, a number of treaties in addition to the NPT limit the acquisition, manufacture, and possession of nuclear weapons; prohibit their deployment or use in specified areas; and regulate their testing. The negotiation and conclusion of these treaties only makes sense in the light of the fact that the international community has not comprehensively outlawed the possession, threat or use of nuclear weapons in all circumstances, whether by treaty or through customary international law. Why conclude these treaties if their essence is already international law, indeed, as some argue, *jus cogens?*

The fact that there is no comprehensive treaty proscribing the threat or use of nuclear weapons in all circumstances is obvious. Yet it is argued that the totality of this disparate treaty-making activity demonstrates an

d'armes nucléaires contre une autre puissance nucléaire (ou un Etat non partie au traité sur la non-prolifération) et explicitement elles n'excluent pas l'usage de ces armes contre un Etat partie non doté d'armes nucléaires qui violerait les obligations découlant du traité.

C'est ainsi que les Etats-Unis d'Amérique réaffirment qu'ils n'utiliseront pas d'armes nucléaires contre un Etat partie au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires qui n'en posséderait pas

> «sauf dans le cas d'une invasion ou de toute autre attaque menée ou soutenue par un tel Etat, en alliance ou en association avec un Etat doté d'armes nucléaires, contre les Etats-Unis ... leurs forces armées ... leurs alliés ou un Etat envers lequel ils auraient un engagement de sécurité».

L'exception vise manifestement l'emploi d'armes nucléaires dans les circonstances exceptionnelles dont il s'agit. Aux termes de la garantie donnée par les Etats-Unis, les parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires doivent remplir les obligations que le traité leur impose «pour pouvoir bénéficier des avantages que donne l'adhésion». Les Etats-Unis affirment en outre leur «intention de venir immédiatement en aide ou de prêter immédiatement un appui» à tout Etat non doté d'armes nucléaires qui «serait victime d'un acte d'agression avec emploi d'armes nucléaires ou serait menacé d'une telle agression». Ils réaffirment le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, énoncé à l'article 51 de la Charte «dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, y compris une attaque nucléaire...» Ces déclarations — et leur acceptation unanime par le Conseil de sécurité — montrent que les puissances nucléaires ont affirmé la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires dans certaines circonstances et que le Conseil de sécurité en a accepté l'éventualité.

AUTRES TRAITÉS CONCLUS EN MATIÈRE NUCLÉAIRE

Ainsi que la Cour le rappelle dans son avis, outre le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, un certain nombre de traités limitent l'acquisition, la fabrication et la possession d'armes nucléaires, interdisent leur déploiement ou leur emploi dans certaines zones ou réglementent leurs essais. La négociation et la conclusion de ces traités n'a de sens que parce que la communauté internationale n'a pas généralement interdit la possession, la menace ou l'emploi d'armes nucléaires en toutes circonstances, soit par traité, soit en vertu du droit international coutumier. A quoi bon conclure de tels traités si l'essentiel de leurs dispositions fait déjà partie du droit international, voire, comme certains le soutiennent, du *jus cogens*?

Il est bien évident qu'il n'existe aucun traité général prohibant la menace ou l'emploi d'armes nucléaires en toutes circonstances. Pourtant on soutient que toute cette activité disparate de conclusion de traités

emergent *opinio juris* in favour of the comprehensive outlawry of the threat or use of nuclear weapons; that, even if nuclear weapons were not outlawed decades ago, they are today, or are on the verge of so becoming, by the cumulation of such treaties as well as resolutions of the United Nations General Assembly.

The looseness of that argument is no less obvious. Can it really be supposed that, in recent months, nuclear Powers have adhered to a protocol to the Treaty of Raratonga establishing a nuclear-free zone in the South Pacific because they believe that the threat or use of nuclear weapons already is outlawed in all circumstances and places, there as elsewhere? Can it really be believed that as recently as 15 December 1995, at Bangkok, States signed a Treaty on the South-East Asia Nuclear-Weapon-Free Zone, and on 11 April 1996 the States of Africa took the considerable trouble to conclude at Cairo a treaty for the creation of a nuclear-weapons-free zone in Africa, on the understanding that by dint of emergent *opinio juris* customary international law already requires that all zones of the world be nuclear-free?

On the contrary, the various treaties relating to nuclear weapons confirm what the practice described above imports: the threat or use of nuclear weapons is not — certainly, not yet — prohibited in all circumstances, whether by treaty or customary international law. This is the clearer in the light of the terms of the Treaty of Tlatelolco for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America of 14 February 1967 and the declarations that accompanied adherence to an Additional Protocol under the Treaty of the five nuclear-weapon States. All of the five nuclear-weapon States in so adhering undertook not to use or threaten to use nuclear weapons against the Contracting Parties to the Treaty. But they subjected their undertakings to the possibility of the use of nuclear weapons in certain circumstances, as recounted above in paragraph 59 of the Court's Opinion. None of the Contracting Parties to the Tlatelolco Treaty objected to the declarations of the five nuclear-weapon States, which is to say that the Contracting Parties to the Treaty recognized the legality of the use of nuclear weapons in certain circumstances.

Resolutions of the General Assembly

In its Opinion, the Court concludes that the succession of resolutions of the General Assembly on nuclear weapons "still fall short of establishing the existence of an *opinio juris* on the illegality of the use of such weapons" (para. 71). In my view, they do not begin to do so. The seminal resolution, resolution 1653 (XVI) of 24 November 1961, declares that the use of nuclear weapons is "a direct violation of the Charter of the United Nations" and "is contrary to the rules of international law and to the

montre qu'une *opinio juris* se fait jour en faveur de l'interdiction générale de toute menace ou de tout emploi d'armes nucléaires, que, même si les armes nucléaires n'ont pas été mises hors la loi il y a quelques dizaines d'années, elles le sont aujourd'hui ou sont sur le point de l'être par le jeu de l'addition de tels traités et de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies.

La faiblesse de cet argument n'est pas moins évidente. Peut-on vraiment supposer que des puissances nucléaires aient pu ces derniers mois adhérer à un protocole au traité de Rarotonga établissant une zone dénucléarisée dans le Pacifique Sud parce qu'elles pensaient que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires était déjà interdit partout et en toutes circonstances, là comme ailleurs? Peut-on vraiment croire que des Etats aient pu, aussi récemment que le 15 décembre 1995, signer à Bangkok un traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est et que les Etats d'Afrique se soient donné la peine de conclure au Caire le 11 avril 1996 un traité relatif à la création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique s'ils considéraient que, par la force de l'*opinio juris*, le droit international coutumier exige déjà que toutes les régions du monde soient dénucléarisées?

Les divers traités relatifs aux armes nucléaires confirment au contraire ce que donne à penser la pratique décrite plus haut: la menace ou l'emploi d'armes nucléaires n'est pas — et certainement pas encore — interdit en toutes circonstances, que ce soit par traité ou en vertu du droit international coutumier. Cela apparaît plus clairement encore si l'on tient compte des termes du traité de Tlatelolco du 14 février 1967 visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine ainsi que des déclarations des cinq puissances nucléaires qui ont été jointes à leur adhésion à un protocole additionnel. Les cinq puissances dotées d'armes nucléaires se sont engagées, lors de cette adhésion, à ne recourir ni à l'emploi d'armes nucléaires ni à la menace de leur emploi contre les parties contractantes au traité. Mais elles ont subordonné leur engagement à la possibilité d'utiliser des armes nucléaires dans certaines circonstances, comme il est indiqué au paragraphe 59 de l'avis de la Cour. Aucune des parties contractantes au traité de Tlatelolco n'a soulevé d'objections à l'égard des déclarations des cinq Etats détenteurs d'armes nucléaires et cela veut dire que les parties contractantes ont admis la licéité de l'emploi d'armes nucléaires dans certaines circonstances.

RÉSOLUTIONS DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

La Cour conclut, dans son avis, que les résolutions successives de l'Assemblée générale sur les armes nucléaires «n'établissent pas encore l'existence d'une *opinio juris* quant à l'illicéité de l'emploi de ces armes» (par. 71). A mon sens, elles ne commencent même pas à le faire. La toute première résolution en la matière, la résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961, déclare que le recours aux armes nucléaires constitue «une violation directe de la Charte des Nations Unies», qu'elle est «contraire

laws of humanity", and that any State using nuclear weapons is to be considered "as committing a crime against mankind and civilization". It somewhat inconsistently concludes by requesting consultations to ascertain views on the possibility of convening a conference for signing a convention on the prohibition of the use of nuclear weapons for war purposes. Resolution 1653 (XVI) was adopted by a vote of 55 to 20, with 26 abstentions. Four of the five nuclear Powers voted against it. Succeeding resolutions providing, as in resolution 36/92 I, that "the use or threat of use of nuclear weapons should . . . be prohibited . . .", have been adopted by varying majorities, in the teeth of strong, sustained and qualitatively important opposition. Any increase in the majority for such resolutions is unimpressive, deriving in some measure from an increase in the membership of the Organization. The continuing opposition, consisting as it does of States that bring together much of the world's military and economic power and a significant percentage of its population, more than suffices to deprive the resolutions in question of legal authority.

The General Assembly has no authority to enact international law. None of the General Assembly's resolutions on nuclear weapons are declaratory of existing international law. The General Assembly can adopt resolutions declaratory of international law only if those resolutions truly reflect what international law is. If a resolution purports to be declaratory of international law, if it is adopted unanimously (or virtually so, qualitatively as well as quantitively) or by consensus, and if it corresponds to State practice, it may be declaratory of international law. The resolutions of which resolution 1653 is the exemplar conspicuously fail to meet these criteria. While purporting to be declaratory of international law (yet calling for consultations about the possibility of concluding a treaty prohibition of what is so declared), they not only do not reflect State practice, they are in conflict with it, as shown above. Forty-six States voted against or abstained upon the resolution, including the majority of the nuclear Powers. It is wholly unconvincing to argue that a majority of the Members of the General Assembly can "declare" international law in opposition to such a body of State practice and over the opposition of such a body of States. Nor are these resolutions authentic interpretations of principles or provisions of the United Nations Charter. The Charter contains not a word about particular weapons, about nuclear weapons, about *jus in bello*. To declare the use of nuclear weapons a violation of the Charter is an innovative interpretation of it, which cannot be treated as an authentic interpretation of Charter principles or provisions giving rise to obligations binding on States under international law. Finally, the repetition of resolutions of the General Assembly in this vein, far from giving rise, in the words of the Court, to "the nascent *opinio juris*", rather demonstrates what the law is not. When faced with continuing and significant opposition, the repetition of General Assembly

aux règles du droit international et aux lois de l'humanité», et que tout Etat se servant d'armes nucléaires doit être considéré «comme commettant un crime contre l'humanité et la civilisation». Elle s'achève de façon quelque peu contradictoire en demandant de consulter les Etats afin d'obtenir leurs vues sur la possibilité de convoquer une conférence pour la signature d'une convention sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires à des fins de guerre. La résolution 1653 (XVI) a été adoptée par 55 voix contre 20, avec 26 abstentions. Quatre des cinq puissances nucléaires ont voté contre. Les résolutions qui se sont ensuite succédé et qui disposaient, comme la résolution 36/92 I, que «le recours ou la menace du recours aux armes nucléaires devraient être interdits...» ont été adoptées à des majorités variables, malgré une opposition puissante, constante et qualitativement importante. Il n'y a pas lieu d'être frappé par les majorités plus larges qui se sont dégagées car elles ont résulté dans une certaine mesure de l'augmentation du nombre des Membres de l'Organisation. Le fait que cette opposition persistante regroupe des Etats qui représentent une bonne partie du pouvoir économique et militaire dans le monde et un pourcentage important de sa population suffit à ôter toute valeur juridique aux résolutions en question.

L'Assemblée générale n'est pas habilitée à élaborer le droit international. Aucune des résolutions de l'Assemblée générale sur les armes nucléaires n'est déclaratoire du droit international existant. L'Assemblée ne peut adopter de résolutions déclaratoires du droit international que si ces résolutions traduisent véritablement l'état du droit international. Si une résolution se veut déclaratoire du droit international, si elle est adoptée à l'unanimité (ou presque, qualitativement comme quantitativement) ou par consensus et si elle correspond à la pratique des Etats, elle peut être déclaratoire du droit international. Les résolutions dont la résolution 1653 est le modèle ne répondent manifestement pas à ces critères. Tout en se voulant déclaratoires du droit international (mais non sans demander que des consultations soient menées sur la possibilité de conclure un traité interdisant ce que l'on dit interdit), non seulement elles ne reflètent pas la pratique des Etats mais elles sont aussi en contradiction avec celle-ci, comme on l'a montré plus haut. Quarante-six Etats ont voté contre la résolution 1653 ou se sont abstenus et parmi eux figure la majorité des puissances nucléaires. Soutenir qu'une majorité des Membres de l'Assemblée générale peut «dire» le droit international face à une pratique étatique contraire et malgré l'opposition d'un tel groupe d'Etats n'emporte nullement la conviction. Ces résolutions ne sont pas non plus des interprétations faisant autorité des principes et des dispositions de la Charte des Nations Unies. Celle-ci ne dit pas un mot des armes particulières qui peuvent être utilisées, pas plus que des armes nucléaires ou du *jus in bello*. Dire que l'emploi d'armes nucléaires est une violation de la Charte est une interprétation novatrice de celle-ci, et ne saurait être considérée comme une interprétation faisant autorité des principes et des dispositions de la Charte créant des obligations qui s'imposent aux Etats en vertu du droit international. Enfin, le fait que l'Assemblée générale ait

resolutions is a mark of ineffectuality in law formation as it is in practical effect.

PRINCIPLES OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

While it is not difficult to conclude that the principles of international humanitarian law — above all, proportionality in the application of force, and discrimination between military and civilian targets — govern the use of nuclear weapons, it does not follow that the application of those principles to the threat or use of nuclear weapons "in any circumstance" is easy. Cases at the extremes are relatively clear; cases closer to the centre of the spectrum of possible uses are less so.

At one extreme is the use of strategic nuclear weapons in quantities against enemy cities and industries. This so-called "countervalue" use (as contrasted with "counterforce" uses directed only against enemy nuclear forces and installations) could cause an enormous number of deaths and injuries, running in some cases into the millions; and, in addition to those immediately affected by the heat and blast of those weapons, vast numbers could be affected, many fatally, by spreading radiation. Large-scale "exchanges" of such nuclear weaponry could destroy not only cities but countries, and render continents, perhaps the whole of the earth, uninhabitable, if not at once then through longer-range effects of nuclear fallout. It cannot be accepted that the use of nuclear weapons on a scale which would — or could — result in the deaths of many millions in indiscriminate inferno and by far-reaching fallout, have profoundly pernicious effects in space and time, and render uninhabitable much or all of the earth, could be lawful.

At the other extreme is the use of tactical nuclear weapons against discrete military or naval targets so situated that substantial civilian casualties would not ensue. For example, the use of a nuclear depth-charge to destroy a nuclear submarine that is about to fire nuclear missiles, or has fired one or more of a number of its nuclear missiles, might well be lawful. By the circumstance of its use, the nuclear depth-charge would not give rise to immediate civilian casualties. It would easily meet the test of proportionality; the damage that the submarine's missiles could inflict on the population and territory of the target State would infinitely outweigh that entailed in the destruction of the submarine and its crew. The submarine's destruction by a nuclear weapon would produce radiation in the sea, but far less than the radiation that firing of its missiles would pro-

adopté des résolutions successives de la même veine, loin d'engendrer «une *opinio juris* naissante», pour reprendre les termes de la Cour, montre plutôt ce que le droit n'est pas. Leur répétition, face à une opposition considérable et durable, dénote le caractère inopérant de ces résolutions tant sur le plan de la formation du droit que sur le plan des effets pratiques.

LES PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

S'il n'est pas difficile de conclure que les principes du droit international humanitaire — et avant tout la proportionnalité dans l'usage de la force et la distinction entre cibles militaires et civiles — régissent l'utilisation des armes nucléaires, il ne s'ensuit pas que l'application de ces principes à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires «en toutes circonstances» soit facile. Les cas extrêmes sont relativement clairs; ceux qui, dans la gamme des usages possibles, se situent vers le milieu le sont moins.

A l'un des extrêmes, on trouve l'emploi massif d'armes nucléaires stratégiques contre les villes et les industries de l'ennemi. Ces frappes «contre-valeurs» (par opposition aux frappes «contre-forces» uniquement dirigées contre les forces et les installations nucléaires de l'ennemi) peuvent provoquer un nombre considérable de morts et de blessés, de l'ordre parfois de plusieurs millions; et outre les personnes immédiatement victimes de l'effet de chaleur et de souffle des armes en question, un très grand nombre d'autres pourraient être touchées par la propagation des rayonnements, ce dont beaucoup pourraient mourir. Des «échanges» de grande envergure d'armes nucléaires de ce genre pourrait détruire non seulement des villes mais aussi des pays et rendre des continents, voire la terre entière, inhabitables, sinon immédiatement du moins à plus long terme en raison des effets des retombées radioactives. On ne saurait admettre que l'emploi d'armes nucléaires à une échelle qui causerait ou pourrait causer la mort de millions d'êtres humains dans un anéantissement aveugle et infernal ou à la suite de retombées très dispersées, qui auraient ou pourraient avoir des effets profondément pernicieux dans l'espace et le temps et rendre inhabitable une grande partie ou l'ensemble de la planète, puisse être licite.

A l'autre extrême, on trouve l'emploi d'armes nucléaires tactiques dirigées contre des cibles militaires et navales furtives, déployées de façon à ne provoquer aucune perte civile. C'est ainsi que l'utilisation d'un engin nucléaire qui aurait pour objet de détruire un sous-marin nucléaire sur le point de tirer des missiles nucléaires ou ayant déjà tiré un certain nombre de ces missiles pourrait bien être licite. Vu les circonstances de son emploi, cet engin nucléaire ne causerait aucune victime civile. Son utilisation répondrait facilement au critère de la proportionnalité car les dommages que les missiles lancés par le sous-marin pourraient infliger à la population et au territoire de l'Etat visé seraient infiniment plus graves que ceux qui résulteraient de la destruction du sous-marin et de son équipage. La destruction du sous-marin par une arme nucléaire engendrerait

duce on and over land. Nor is it as certain that the use of a conventional depth-charge would discharge the mission successfully; the far greater force of a nuclear weapon could ensure destruction of the submarine whereas a conventional depth-charge might not.

An intermediate case would be the use of nuclear weapons to destroy an enemy army situated in a desert. In certain circumstances, such a use of nuclear weapons might meet the tests of discrimination and proportionality; in others not. The argument that the use of nuclear weapons is inevitably disproportionate raises troubling questions, which the British Attorney-General addressed in the Court's oral proceedings in these terms:

> "If one is to speak of 'disproportionality', the question arises: disproportionate to what? The answer must be 'to the threat posed to the victim State'. It is by reference to that threat that proportionality must be measured. So one has to look at all the circumstances, in particular the scale, kind and location of the threat. To assume that any defensive use of nuclear weapons must be disproportionate, no matter how serious the threat to the safety and the very survival of the State resorting to such use, is wholly unfounded. Moreover, it suggests an overbearing assumption by the critics of nuclear weapons that they can determine in advance that no threat, including a nuclear, chemical or biological threat, is ever worth the use of any nuclear weapon. It cannot be right to say that if an aggressor hits hard enough, his victim loses the right to take the only measure by which he can defend himself and reverse the aggression. That would not be the rule of law. It would be an aggressor's charter."

For its part, the body of the Court's Opinion is cautious in treating problems of the application of the principles of international humanitarian law to concrete cases. It evidences a measure of uncertainty in a case in which the tension between State practice and legal principle is unparalleled. It concludes, in paragraph 2 E of the *dispositif*, that,

> "It follows from the above-mentioned requirements that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of international humanitarian law."

That conclusion, while imprecise, is not unreasonable. The use of nuclear weapons is, for the reasons examined above, exceptionally difficult to reconcile with the rules of international law applicable in armed conflict, particularly the principles and rules of international humanitarian law. But that is by no means to say that the use of nuclear weapons, in any and all circumstances, would necessarily and invariably conflict

des rayonnements en mer mais ceux-ci seraient bien moindres que ceux que le tir de missiles produirait sur terre. Il n'est pas certain non plus que l'usage d'un engin de type classique remplirait la même mission avec succès; en raison de sa beaucoup plus grande puissance, une arme nucléaire pourrait provoquer la destruction du sous-marin, ce qu'un engin classique pourrait ne pas faire.

Un cas intermédiaire consisterait à utiliser des armes nucléaires pour détruire une armée ennemie dans le désert. Dans certaines circonstances, cet emploi répondrait peut-être aux critères de la distinction et de la proportionnalité, dans d'autres non. L'argument selon lequel l'utilisation d'armes nucléaires serait inévitablement disproportionnée soulève des questions complexes que l'*Attorney-General* du Royaume-Uni a évoquées en ces termes lors de la procédure orale devant la Cour:

> «Quand on parle de «disproportion», la question qui se pose est celle-ci: disproportionné par rapport à quoi? Ce ne peut être qu'à la menace dirigée contre l'Etat victime. C'est par rapport à cette menace que la proportionnalité doit être mesurée. Il faut donc tenir compte de toutes les circonstances, en particulier de l'étendue et du genre de la menace ainsi que du lieu où elle se manifeste. Présumer que tout emploi défensif d'armes nucléaires ne peut être que disproportionné quelle que soit la gravité de la menace à la sécurité et à la survie même de l'Etat qui recourt à cet emploi est dépourvu de tout fondement. De plus, cela suppose de la part des adversaires des armes nucléaires une grande présomption, à savoir qu'ils peuvent dire d'avance qu'aucune menace, qu'elle soit notamment nucléaire, chimique ou biologique, ne justifie jamais l'emploi d'une arme nucléaire. Il n'est sûrement pas juste de dire que, si un agresseur frappe assez fort, sa victime perd le droit de se défendre et de repousser l'agression. Ce ne serait pas là un régime de droit. Ce serait le règne de l'agresseur.»

Pour sa part, l'avis de la Cour traite avec prudence les problèmes que pose l'application des principes du droit international humanitaire à des cas concrets. Il traduit une certaine indécision dans une affaire où la tension entre la pratique des Etats et le principe juridique est extrême. Il conclut au paragraphe 2 E du dispositif que:

> «Il ressort des exigences susmentionnées que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire.»

Cette conclusion, bien qu'imprécise, n'est pas déraisonnable. L'emploi d'armes nucléaires est, pour les raisons examinées plus haut, excessivement difficile à concilier avec les règles du droit international applicable dans les conflits armés et en particulier les principes et règles du droit international humanitaire. Mais cela ne veut nullement dire que l'emploi d'armes nucléaires serait, dans une circonstance déterminée ou en toutes

with those rules of international law. On the contrary, as the *dispositif* in effect acknowledges, while they might "generally" do so, in specific cases they might not. It all depends upon the facts of the case.

Extreme Circumstances of Self-Defence and State Survival

The just-quoted first paragraph of paragraph 2 E of the holdings is followed by the Court's ultimate, paramount — and sharply controverted — conclusion in the case, narrowly adopted by the President's casting vote:

> "However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake."

This is an astounding conclusion to be reached by the International Court of Justice. Despite the fact that its Statute "forms an integral part" of the United Nations Charter, and despite the comprehensive and categorical terms of Article 2, paragraph 4, and Article 51 of that Charter, the Court concludes on the supreme issue of the threat or use of force of our age that it has no opinion. In "an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake", the Court finds that international law and hence the Court have nothing to say. After many months of agonizing appraisal of the law, the Court discovers that there is none. When it comes to the supreme interests of State, the Court discards the legal progress of the twentieth century, puts aside the provisions of the Charter of the United Nations of which it is "the principal judicial organ", and proclaims, in terms redolent of *Realpolitik*, its ambivalence about the most important provisions of modern international law. If this was to be its ultimate holding, the Court would have done better to have drawn on its undoubted discretion not to render an opinion at all.

Neither predominant legal theory (as most definitively developed by Lauterpacht in *The Function of Law in the International Community*, 1933) nor the precedent of this Court admit a holding of *non liquet*, still less a holding — or inability to hold — of such a fundamental character. Lauterpacht wrote most pertinently (and, as it has turned out, presciently):

> "There is not the slightest relation between the content of the right to self-defence and the claim that it is above the law and not amenable to evaluation by law. Such a claim is self-contradictory,

circonstances, nécessairement et toujours contraire aux règles du droit international. Loin de là — et comme le dispositif le reconnaît en fait — cet emploi peut être «généralement» contraire à ces règles mais, dans des cas particuliers, il pourrait ne pas l'être. Tout dépend des circonstances en cause.

CIRCONSTANCES EXTRÊMES METTANT EN JEU LA LÉGITIME DÉFENSE ET LA SURVIE DE L'ETAT

Le premier alinéa du paragraphe 2 E du dispositif que l'on vient de citer est suivi de la dernière conclusion de la Cour en l'affaire, la conclusion essentielle — et vivement controversée —, adoptée de justesse par la voix prépondérante du Président:

> «Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause.»

C'est une conclusion étonnante à laquelle la Cour internationale de Justice aboutit ici. Son Statut a beau faire «partie intégrante» de la Charte des Nations Unies, le libellé de l'article 2, paragraphe 4, et celui de l'article 51 de cette Charte ont beau être généraux et catégoriques, la Cour conclut, sur la question primordiale de la menace et de l'emploi de la force à notre époque, qu'elle n'a pas d'opinion. Dans «une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause», la Cour déclare que le droit international et partant la Cour elle-même n'ont rien à dire. Après s'être donné tant de peine pour examiner le droit en la matière pendant des mois, la Cour découvre qu'il n'y en a pas. Quand elle aborde les intérêts suprêmes de l'Etat, la Cour fait abstraction des progrès juridiques accomplis au XX^{e} siècle, écarte les dispositions de la Charte des Nations Unies, organisation dont elle est l'«organe judiciaire principal», et proclame en des termes qui évoquent la *Realpolitik* son ambivalence au sujet des dispositions les plus importantes du droit international moderne. Si elle devait en fin de compte en arriver là, elle aurait mieux fait d'invoquer l'incontestable pouvoir discrétionnaire dont elle dispose de ne pas donner d'avis du tout.

Ni la doctrine dominante (telle qu'elle a été clairement exposée par Lauterpacht dans son ouvrage *The Function of Law in the International Community*, 1933) ni la jurisprudence de la Cour n'admettent une déclaration de *non liquet* et moins encore une conclusion — ou une incapacité de conclure — d'un caractère si fondamental. Lauterpacht a écrit très pertinemment (et cela s'est révélé prémonitoire):

> «Il n'y a pas la moindre relation entre le contenu du droit de légitime défense et l'allégation selon laquelle il est au-dessus du droit et ne relève pas d'une évaluation juridique. Une telle allégation renferme

> inasmuch as it purports to be based on legal right, and as, at the same time, it dissociates itself from regulation and evaluation by the law. Like any other dispute involving important issues, so also the question of the right of recourse to war in self-defence is in itself capable of judicial decision . . ." (*Op. cit.*, p. 180.)

Indeed, the drafters of the Statute of the Permanent Court of International Justice crafted the provisions of Article 38 of its Statute — provisions which Article 38 of the Statute of this Court maintains — in order, in the words of the President of the Advisory Committee of Jurists, to avoid "especially the blind alley of *non liquet*". To do so, they adopted the Root-Phillimore proposal to empower the Court to apply not only international conventions and international custom but "the general principles of law recognized by civilized nations" (Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 24th, 1920*, The Hague, 1920, pp. 332, 344. See also pp. 296 ("A rule must be established to meet this eventuality, to avoid the possibility of the Court declaring itself incompetent *(non liquet)* though lack of applicable rules"), 307-320 and 336 (the reference to general principles "was necessary to meet the possibility of a *non liquet*").

Moreover, far from justifying the Court's inconclusiveness, contemporary events rather demonstrate the legality of the threat or use of nuclear weapons in extraordinary circumstances.

Desert Storm

The most recent and effective threat of the use of nuclear weapons took place on the eve of "Desert Storm". The circumstances merit exposition, for they constitute a striking illustration of a circumstance in which the perceived threat of the use of nuclear weapons was not only eminently lawful but intensely desirable.

Iraq, condemned by the Security Council for its invasion and annexation of Kuwait and for its attendant grave breaches of international humanitarian law, had demonstrated that it was prepared to use weapons of mass destruction. It had recently and repeatedly used gas in large quantities against the military formations of Iran, with substantial and perhaps decisive effect. It had even used gas against its own Kurdish citizens. There was no ground for believing that legal or humanitarian scruple would prevent it from using weapons of mass destruction — notably chemical, perhaps bacteriological or nuclear weapons — against the coalition forces arrayed against it. Moreover, it was engaged in extraordinary efforts to construct nuclear weapons in violation of its obligations as a party to the Non-Proliferation Treaty.

une contradiction car elle prétend se fonder sur un droit tout en se dissociant d'une réglementation et d'une évaluation juridiques. Comme tout autre différend soulevant des questions importantes, la question du droit de recourir à la guerre au titre de la légitime défense peut fort bien faire l'objet d'une décision judiciaire...» (*Op. cit.*, p. 180.)

Qui plus est, les auteurs du Statut de la Cour permanente de justice internationale ont rédigé les dispositions de l'article 38 de ce Statut — dispositions que l'on retrouve à l'article 38 du Statut de la Cour actuelle — de façon à éviter, comme l'a dit le président du comité consultatif de juristes, «notamment l'impasse d'un *non liquet*». A cette fin, ils ont adopté la proposition Root-Phillimore tendant à autoriser la Cour à appliquer non seulement le droit international conventionnel et la coutume internationale mais aussi «les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés» (Cour permanente de Justice internationale, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité*, 16 juin-24 juillet 1920, La Haye, 1920, p. 332 et 344). Voir aussi la page 296 («Il faut établir une règle pour répondre à cette éventualité, afin d'éviter que la Cour ne se déclare incompétente *(non liquet)* faute de normes matérielles»), les pages 307 à 320 et 336 (la référence aux principes généraux «est nécessaire pour parer à l'éventualité d'un *non liquet*»).

En outre, loin de justifier l'indécision de la Cour, des événements contemporains démontrent plutôt la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires dans des circonstances extraordinaires.

L'OPÉRATION «TEMPÊTE DU DÉSERT»

La menace de l'emploi d'armes nucléaires la plus récente et la plus grave a été lancée à la veille de l'opération «Tempête du désert». Les circonstances méritent d'être exposées car elles mettent remarquablement en évidence un cas où la menace de l'emploi d'armes nucléaires a été perçue non seulement comme éminemment licite mais aussi comme profondément souhaitable.

L'Iraq, condamné par le Conseil de sécurité pour son invasion et son annexion du Koweït et pour les graves violations du droit international humanitaire qui les avaient accompagnées, s'était montré disposé à employer des armes de destruction massive. Il avait récemment et à maintes reprises utilisé de grandes quantités de gaz contre les formations militaires iraniennes, avec des effets substantiels et peut-être décisifs. Il s'était même servi de gaz contre ses propres ressortissants kurdes. Il n'y avait aucune raison de penser que des scrupules juridiques ou humanitaires l'empêcheraient d'employer des armes de destruction massive — et notamment des armes chimiques, peut-être bactériologiques ou nucléaires — contre les forces de la coalition qui s'était formée contre lui. En outre il déployait des efforts extraordinaires pour fabriquer des armes nucléaires en violation des obligations que lui imposait le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires auquel il était partie.

General Norman Schwarzkopf stated on 10 January 1996 over national public television in the United States on *Frontline*:

> "My nightmare scenario was that our forces would attack into Iraq and find themselves in such a great concentration that they became targeted by chemical weapons or some sort of rudimentary nuclear device that would cause mass casualties.
>
> That's exactly what the Iraqis did in the Iran-Iraq war. They would take the attacking masses of the Iranians, let them run up against their barrier system, and when there were thousands of people massed against the barrier system, they would drop chemical weapons on them and kill thousands of people." (*Frontline*, Show No. 1408, "The Gulf War", *Transcript of Journal Graphics, Inc.*, Part II, p. 5.)

To exorcise that nightmare, the United States took action as described by then Secretary of State James A. Baker in the following terms, in which he recounts his climactic meeting of 9 January 1990 in Geneva with the then Foreign Minister of Iraq, Tariq Aziz:

> "I then made a point 'on the dark side of the issue' that Colin Powell had specifically asked me to deliver in the plainest possible terms. 'If the conflict involves your use of chemical or biological weapons against our forces', I warned, 'the American people will demand vengeance. We have the means to exact it. With regard to this part of my presentation, that is not a threat, it is a promise. If there is any use of weapons like that, our objective won't just be the liberation of Kuwait, but the elimination of the current Iraqi regime, and anyone responsible for using those weapons would be held accountable.'
>
> The President had decided, at Camp David in December, that the best deterrent of the use of weapons of mass destruction by Iraq would be a threat to go after the Ba'ath regime itself. He had also decided that U.S. forces would not retaliate with chemical or nuclear response if the Iraqis attacked with chemical munitions. There was obviously no reason to inform the Iraqis of this. In hope of persuading them to consider more soberly the folly of war, I purposely left the impression that the use of chemical or biological agents by Iraq could invite tactical nuclear retaliation. (We do not really know whether this was the reason there appears to have been no confirmed use by Iraq of chemical weapons during the war. My own view is that the calculated ambiguity how we might respond has to be part of the reason.)" (*The Politics of Diplomacy — Revolution, War and Peace, 1989-1992*, by James A. Baker III, 1995, p. 359.)

Le général Norman Schwarzkopf a déclaré le 10 janvier 1996 lors de l'émission *Frontline* diffusée par la télévision publique nationale aux Etats-Unis:

> «Le scénario cauchemardesque qui me hantait était qu'en attaquant l'Iraq chez lui nous concentrions à ce point nos forces qu'elles deviendraient la cible d'armes chimiques ou de quelque sorte d'engin nucléaire rudimentaire qui causerait des pertes massives.
>
> C'est exactement ce que les Iraquiens ont fait pendant la guerre Iran-Iraq. Ils laissaient s'approcher des masses d'attaquants iraniens, les laissaient atteindre le système de défense et quand des milliers d'hommes s'étaient massés près de ce système ils lâchaient sur eux des armes chimiques et en tuaient des milliers.» (*Frontline, Show No. 1408*, «The Gulf War», *Transcript of Journal Graphics, Inc.*, partie II, p. 5.)

Pour exorciser ce cauchemar, les Etats-Unis ont pris les mesures que James A. Baker alors secrétaire d'Etat a décrites dans le passage suivant où il raconte la réunion cruciale qu'il a eue le 9 janvier 1990 à Genève avec le ministre des affaires étrangères iraquien de l'époque, Tariq Aziz:

> «J'ai parlé alors du «côté sombre du tableau» que Colin Powell m'avait expressément demandé d'évoquer dans les termes les plus clairs possibles. «Si le conflit vous amène à utiliser des armes chimiques ou biologiques contre nos forces — ai-je dit — le peuple américain criera vengeance. Nous avons les moyens de l'exercer. Ce que je viens de dire n'est pas une menace, c'est un engagement. Si des armes comme celles-là sont employées, notre objectif ne sera pas seulement la libération du Koweït, ce sera l'élimination du régime iraquien actuel et quiconque sera responsable de l'utilisation de ces armes devra rendre des comptes.»
>
> Le Président avait décidé à Camp David, en décembre, que la meilleure dissuasion contre l'emploi d'armes de destruction massive par l'Iraq serait la menace de s'en prendre au régime Baas lui-même. Il avait aussi décidé que les forces des Etats-Unis n'useraient pas d'armes chimiques ou nucléaires à titre de représailles si les Iraquiens attaquaient avec des munitions chimiques. Il n'y avait manifestement aucune raison d'informer les Iraquiens de cela. Dans l'espoir de les amener à considérer plus posément la folie que serait cette guerre, j'ai donné à dessein l'impression que l'emploi d'agents chimiques ou biologiques par l'Iraq pourrait entraîner une riposte nucléaire tactique. (Nous ignorons vraiment si telle est la raison pour laquelle il semble que nous n'ayons aucune confirmation que l'Iraq ait utilisé des armes chimiques pendant le conflit. Mon opinion personnelle est que l'ambiguïté calculée qui planait sur notre éventuelle réaction doit l'expliquer en partie.)» (*The Politics of Diplomacy — Revolution, War and Peace, 1989-1992*, par James A. Baker III, 1995, p. 359.)

In *Frontline*, Mr. Baker adds:

> "The president's letter to Saddam Hussein, which Tariq Aziz read in Geneva, made it very clear that if Iraq used weapons of mass destruction, chemical weapons, against United States forces that the American people would — would demand vengeance and that we had the means to achieve it." (*Loc. cit.*, Part I, p. 13.)

Mr. Aziz is then portrayed on the screen immediately thereafter as saying:

> "I read it very carefully and then when I ended reading it, I told him, 'Look, Mr. Secretary, this is not the kind of correspondence between two heads of state. This is a letter of threat and I cannot receive from you a letter of threat to my president', and I returned it to him." *(Ibid.)*

At another point in the programme, the following statements were made:

> "NARRATOR: The Marines waited for a chemical attack. It never came.
>
> TARIQ AZIZ: We didn't think that it was wise to use them. That's all what I can say. That was not — was not wise to use such kind of weapons in such kind of a war with — with such an enemy." (*Loc. cit.*, Part II, p. 7.)

In *The Washington Post* of 26 August 1995, an article datelined "United Nations, 25 August", was published as follows:

> "Iraq has released to the United Nations new evidence that it was prepared to use deadly toxins and bacteria against U.S. and allied forces during the 1991 Persian Gulf War that liberated Kuwait from its Iraqi occupiers, U.N. Ambassador Rolf Ekeus said today.
>
> Ekeus, the chief U.N. investigator of Iraq's weapons programs, said Iraqi officials admitted to him in Baghdad last week that in December 1990 they loaded three types of biological agents into roughly 200 missile warheads and aircraft bombs that were then distributed to air bases and a missile site.
>
> The Iraqis began this process the day after the U.N. Security Council voted to authorize using 'all necessary means' to liberate Kuwait, Ekeus said. He said the action was akin to playing 'Russian roulette' with extraordinarily dangerous weapons on the eve of war.
>
> U.S. and U.N. officials said the Iraqi weapons contained enough biological agents to have killed hundreds of thousands of people and spread horrible diseases in cities or military bases in Israel, Saudi

Dans l'émission *Frontline*, M. Baker a ajouté:

> «La lettre du Président à Saddam Hussein, que Tariq Aziz a lue à Genève, précisait bien que si l'Iraq utilisait des armes de destruction massive, des armes chimiques, contre les forces des Etats-Unis, le peuple américain réclamerait vengeance et que nous avions les moyens de l'exercer.» (*Loc. cit.*, partie I, p. 13.)

On voit ensuite à l'écran M. Aziz répondre immédiatement:

> «J'ai lu la lettre très soigneusement et, dès que j'ai fini de la lire, je lui ai dit: «Ecoutez, Monsieur le Secrétaire, ce n'est pas le genre de correspondance qu'échangent deux chefs d'Etats. Ceci est une lettre de menace et je ne puis recevoir de vous une lettre de menace adressée à mon président», et je la lui ai rendue.» *(Ibid.)*

A un autre moment de l'émission, les propos suivants ont été échangés:

> «PRÉSENTATEUR: Les marines s'attendaient à une attaque à l'aide d'armes chimiques, il n'y en a jamais eu.
>
> TARIQ AZIZ: Nous n'avons pas pensé qu'il était sage de les utiliser. C'est tout ce que je peux dire. Qu'il n'était pas... sage d'utiliser ce genre d'armes dans ce genre de guerre avec... avec un tel ennemi.» (*Loc. cit.*, partie II, p. 7.)

Dans *The Washington Post* du 26 août 1995 a paru un article portant l'indication «Nations Unies, 25 août», qui était ainsi conçu:

> «L'Iraq a donné à l'Organisation des Nations Unies de nouvelles indications prouvant qu'il était disposé à utiliser des toxines et des bactéries mortelles contre les forces américaines et alliées pendant la guerre du golfe Persique de 1991 qui a permis de libérer le Koweït de ses occupants iraquiens, a dit aujourd'hui l'ambassadeur des Nations Unies, Rolf Ekeus.
>
> Ekeus, chef de la mission d'enquête des Nations Unies sur les programmes d'armement iraquiens, a dit que des fonctionnaires iraquiens avaient reconnu devant lui à Bagdad, la semaine dernière, qu'en décembre 1990 ils avaient placé des agents biologiques de trois catégories dans quelque deux cents ogives et bombes aériennes, lesquelles ont ensuite été expédiées vers des bases aériennes et un site de missiles.
>
> Les Iraquiens ont commencé cette opération le lendemain du jour où le Conseil de sécurité des Nations Unies avait autorisé l'utilisation de tous les moyens nécessaires pour libérer le Koweït, a indiqué Ekeus. Selon lui, cela revenait à jouer à la roulette russe avec des armes extraordinairement dangereuses à la veille de la guerre.
>
> Des fonctionnaires des Etats-Unis et des Nations Unies ont dit que les armes iraquiennes contenaient assez d'agents biologiques pour tuer des centaines de milliers de personnes et répandre d'hor-

Arabia or wherever Iraq aimed the medium-range missiles or squeaked a bomb-laden aircraft through enemy air defenses.

Ekeus said Iraqi officials claimed they decided not to use the weapons after receiving a strong but ambiguously worded warning from the Bush administration on Jan. 9, 1991, that any use of unconventional warfare would provoke a devastating response.

Iraq's leadership assumed this meant Washington would retaliate with nuclear weapons, Ekeus said he was told. U.N. officials said they believe the statement by Iraqi Deputy Prime Minister Tariq Aziz is the first authoritative account for why Iraq did not employ the biological or chemical arms at its disposal.

. . . . . .

Iraqi officials said the documents were hidden by Hussein Kamel Hassan Majeed, the director of Iraq's weapons of mass destruction program who fled to Jordan on Aug. 7 and whose defection prompted Iraq to summon Ekeus to hear the new disclosures . . .

Iraq admitted to filling a total of 150 aircraft bombs with botulinum toxin and bacteria capable of causing anthrax disease, each of which is among the most deadly substances known and can kill in extremely small quantities, Ekeus said. It also claimed to have put the two agents into 25 warheads to be carried by a medium-range rocket.

According to what Aziz told Ekeus on Aug. 4, then-Secretary of State James A. Baker III delivered the U.S. threat of grievous retaliation that caused Iraq to hold back during a tense, four-hour meeting in Geneva about five weeks before the beginning of the U.S.-led Desert Storm military campaign. Baker hinted at a U.S. response that would set Iraq back years by reducing its industry to rubble.

Ekeus said that Aziz told him Iraq 'translated' the warning into a threat that Washington would respond with nuclear arms. In fact, then-Joint Chiefs of Staff Chairman Colin L. Powell and other U.S. military leaders had decided early on that nuclear weapons were not needed and no such retaliatory plans existed." (*The Washington Post*, 26 August 1995, p. A1. See also the report in *The New York Times*, 26 August 1995, p. 3. For a contrasting contention by Iraq that "authority to launch biological and chemical war-heads was pre-delegated in the event that Baghdad was hit by nuclear weapons during the Gulf war", see the 8th Report to the Security Council by

ribles maladies dans les villes ou les bases militaires d'Israël, d'Arabie saoudite ou en tout lieu vers lequel l'Iraq aurait tiré ses missiles à moyenne portée ou dans lequel ses bombardiers seraient parvenus à s'infiltrer au travers des défenses aériennes ennemies.

Selon Ekeus, des fonctionnaires iraquiens ont dit qu'ils avaient décidé de ne pas utiliser ces armes après avoir reçu un avertissement ferme et sans ambiguïté de l'administration Bush le 9 janvier 1991, aux termes duquel le recours à des moyens de guerre non conventionnels provoquerait une réaction particulièrement destructrice.

Les dirigeants iraquiens ont supposé que cela signifiait de la part de Washington une riposte nucléaire, a-t-on dit à Ekeus. De l'avis de certains responsables de l'ONU, la déclaration du premier ministre adjoint, Tariq Aziz, serait la première indication digne de foi expliquant pourquoi l'Iraq n'a pas employé les armes chimiques et biologiques dont il disposait.

. . . . . .

Selon des fonctionnaires iraquiens, les documents ont été cachés par Hussein Kamel Hassan Majeed, directeur du programme iraquien d'armes de destruction massive, qui a fui en Jordanie le 7 août et dont la défection a poussé l'Iraq à convoquer Ekeus pour lui faire de nouvelles révélations...

L'Iraq a admis avoir rempli au total cent cinquante bombes aériennes de toxines et de bactéries botuliques capables de causer des infections charbonneuses, chacune étant parmi les substances mortelles les plus actives et pouvant tuer avec de très faibles quantités, a dit Ekeus. L'Iraq prétend avoir placé les deux agents dans vingt-cinq ogives qui devaient être transportées par une fusée à moyenne portée.

Selon ce qu'Aziz a dit à Ekeus le 4 août, le secrétaire d'Etat de l'époque, James A. Baker III, a lancé la menace américaine de dures représailles qui a amené l'Iraq à hésiter lors d'une réunion tendue de quatre heures qui s'est tenue à Genève environ cinq semaines avant le début de la campagne militaire dirigée par les Etats-Unis et dénommée «Tempête du désert». Baker a fait allusion à une riposte des Etats-Unis qui ramènerait l'Iraq des années en arrière et laisserait son industrie en ruine.

Ekeus a déclaré que, selon ce qu'Aziz lui avait dit, l'Iraq avait «interprété» cet avertissement comme une menace de riposte nucléaire de la part de Washington. En fait le chef d'état-major interarmes — qui était alors Colin L. Powell — et d'autres responsables militaires américains avaient déjà décidé qu'il n'était pas nécessaire de recourir à des armes nucléaires et aucun plan n'existait pour une riposte de cette nature.» (*The Washington Post*, 26 août 1995, p. A1. Voir aussi l'article du *New York Times* du 26 août 1995, p. 3. Pour la thèse iraquienne inverse selon laquelle «le pouvoir de lancer des ogives biologiques et chimiques avait déjà été délégué au cas où Bag-

> the Executive Chairman of the Special Commission (Ambassador Ekeus), United Nations document S/1995/864 of 11 October 1995, p. 11. That Report continues: "This pre-delegation does not exclude the alternative use of such capability and therefore does not constitute proof of only intentions concerning second use." *(Ibid.)*)

Finally, there is the following answer by Ambassador Ekeus to a question in the course of testimony in hearings on global proliferation of weapons of mass destruction of 20 March 1996:

> ". . . I have had conversation with the Deputy Prime Minister of Iraq, Tariq Aziz, in which he made references to his meeting with Secretary of State James Baker in Geneva just before the outbreak of war. He, Tariq Aziz, says that Baker told him to the effect that if such [chemical or biological] weapons were applied there would be a very strong reaction from the United States.
>
> Tariq Aziz did not imply that Baker mentioned what type of reaction. But he told me that the Iraqi side took it for granted that it meant the use of maybe nuclear weapons against Baghdad, or something like that. And that threat was decisive for them not to use the weapons.
>
> But this is the story he, Aziz, tells. I think one should be very careful about buying it. I don't say that he must be wrong, but I believe there are strong reasons that this may be an explanation he offers of why Iraq lost the war in Kuwait. This is the story which they gladly tell everyone who talks to them. So I think one should be cautious at least about buying that story. I think still it is an open question." (Testimony of Ambassador Rolf Ekeus before the Senate Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Governmental Affairs of the United States Senate, *Hearings on the Global Proliferation of Weapons of Mass Destruction,* in press.)

Thus there is on record remarkable evidence indicating that an aggressor was or may have been deterred from using outlawed weapons of mass destruction against forces and countries arrayed against its aggression at the call of the United Nations by what the aggressor perceived to be a threat to use nuclear weapons against it should it first use weapons of mass destruction against the forces of the coalition. Can it seriously be maintained that Mr. Baker's calculated — and apparently successful — threat was unlawful? Surely the principles of the United Nations Charter were sustained rather than transgressed by the threat. "Desert Storm" and the resolutions of the Security Council that preceded and followed it may represent the greatest achievement of the principles of collective

> dad aurait été frappée par des armes nucléaires pendant la guerre du Golfe», voir le huitième rapport au Conseil de sécurité présenté par le président exécutif de la commission spéciale (l'ambassadeur Ekeus), document des Nations Unies S/1995/864 du 11 octobre 1995, p. 12. Ce rapport poursuit en ces termes: «Cette délégation de pouvoirs n'exclut pas que les moyens en question auraient pu être déclenchés par ailleurs et ne prouve donc pas qu'il était seulement question d'un emploi en second.» *(Ibid.)*

Enfin, l'ambassadeur Ekeus a répondu comme suit à une question qui lui a été posée lorsqu'il a témoigné dans le cadre des auditions consacrées à la prolifération mondiale des armes de destruction massive le 20 mars 1996:

> «J'ai eu une conversation avec le premier ministre adjoint iraquien, Tariq Aziz, dans laquelle il a mentionné l'entretien qu'il avait eu avec le secrétaire d'Etat James Baker à Genève, juste avant le déclenchement de la guerre. Selon Tariq Aziz, Baker lui aurait dit que si de telles armes [chimiques ou bactériologiques] étaient utilisées, il y aurait une très forte réaction de la part des Etats-Unis.
>
> Tariq Aziz n'a pas laissé entendre que Baker avait indiqué de quel genre de réaction il s'agissait. Mais il m'a dit que la partie iraquienne avait considéré comme allant de soi que cela voulait peut-être dire l'emploi d'armes nucléaires contre Bagdad ou quelque chose d'approchant. Et que cette menace a été un élément décisif dans la non-utilisation de ces armes par l'Iraq.
>
> Mais c'est là l'histoire que lui, Aziz, raconte. Il faut faire très attention avant de le croire. Je ne dis pas qu'il a nécessairement tort mais il y a, à mon sens, de fortes raisons de penser que c'est là peut-être la manière dont il explique pourquoi l'Iraq a perdu la guerre au Koweït. C'est la version que les Iraquiens sont heureux de raconter à quiconque leur en parle. Je pense donc qu'il faut au moins se montrer prudent avant de croire cette version. C'est encore, je crois, une question qui n'a pas été résolue.» (Déposition de l'ambassadeur Rolf Ekeus devant le sous-comité permanent des enquêtes du comité du Sénat des Etats-Unis pour les affaires gouvernementales, *Hearings on the Global Proliferation of Weapons of Mass Destruction*, sous presse.)

Ainsi on dispose de preuves remarquables montrant qu'un agresseur a été effectivement ou a pu être dissuadé d'utiliser des armes de destruction massive interdites contre les forces et les pays qui s'étaient unis pour s'opposer à son agression à l'appel des Nations Unies parce qu'il a perçu comme une menace de l'emploi d'armes nucléaires contre lui au cas où il se servirait en premier d'armes de destruction massive contre les forces coalisées. Peut-on sérieusement soutenir que la menace calculée — et apparemment efficace — de M. Baker était illicite? A coup sûr, loin de transgresser les principes de la Charte des Nations Unies, cette menace les a renforcés. L'opération «Tempête du désert» et les résolutions du Conseil de sécurité qui l'ont précédée et suivie constituent peut-être la plus grande

security since the founding of the League of Nations. The defeat of this supreme effort of the United Nations to overcome an act of aggression by the use of weapons of mass destruction against coalition forces and countries would have been catastrophic, not only for coalition forces and populations, but for those principles and for the United Nations. But the United Nations did triumph, and to that triumph what Iraq perceived as a threat to use nuclear weapons against it may have made a critical contribution. Nor is this a case of the end justifying the means. It rather demonstrates that, in some circumstances, the threat of the use of nuclear weapons — as long as they remain weapons unproscribed by international law — may be both lawful and rational.

Furthermore, had Iraq employed chemical or biological weapons — prohibited weapons of mass destruction — against coalition forces, that would have been a wrong in international law giving rise to the right of belligerent reprisal. Even if, *arguendo,* the use of nuclear weapons were to be treated as also prohibited, their proportionate use by way of belligerent reprisal in order to deter further use of chemical or biological weapons would have been lawful. At any rate, this would be so if the terms of a prohibition of the use of nuclear weapons did not debar use in reprisal or obligate States "never under any circumstances" to use nuclear weapons, as they will be debarred by those terms from using chemical weapons under Article I of the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction of 1993, should it come into force. In paragraph 46 of its Opinion, the Court states that, on the question of belligerent reprisals, "any" right of such recourse would, "like self-defence, be governed *inter alia* by the principle of proportionality". The citation of that latter principle among others is correct, but any doubt that the Court's reference may raise about the existence of a right of belligerent reprisal is not. Such a doubt would be unsupported not only by the customary law of war and by military manuals of States issued in pursuance of it, which have long affirmed the principle and practice of belligerent reprisal, but by the terms of the Geneva Conventions and its Additional Protocols, which prohibit reprisals not generally but in specific cases (against prisoners-of-war, the wounded, civilians, certain objects and installations, etc.) The far-reaching additional restrictions on reprisals of Protocol I, which bind only its parties, not only do not altogether prohibit belligerent reprisals; those restrictions as well as other innovations of Protocol I were understood at the time of their preparation and adoption not to govern nuclear weapons.

réussite des principes de sécurité collective depuis la fondation de la Société des Nations. Si cet effort immense des Nations Unies pour s'opposer à un acte d'agression avait échoué parce que des armes de destruction massive auraient été utilisées contre les forces et les pays de la coalition, cet échec aurait été catastrophique non seulement pour les forces et les populations coalisées mais aussi du point de vue de ces principes et de l'Organisation des Nations Unies. Quoi qu'il en soit, les Nations Unies ont triomphé et ce que l'Iraq a perçu comme une menace de l'emploi d'armes nucléaires a peut-être contribué de façon décisive à ce triomphe. Au reste on ne se trouve pas ici dans un cas où la fin justifie les moyens. Cette affaire montre plutôt que, dans certaines circonstances, la menace de l'utilisation d'armes nucléaires — aussi longtemps que ces armes ne seront pas proscrites par le droit international — peut être licite et rationnelle.

De surcroît, si l'Iraq avait employé des armes chimiques et biologiques — armes de destruction massive prohibées — contre les forces de la coalition, cela aurait constitué en droit international un acte dommageable justifiant des représailles en temps de conflit armé. Même si, pour les besoins de l'argumentation, on considérait le recours à des armes nucléaires comme lui aussi prohibé, l'utilisation proportionnée de ces armes au titre de représailles en temps de conflit armé afin de prévenir un nouvel emploi d'armes chimiques ou biologiques aurait été licite. Il en serait ainsi en tout cas si l'interdiction de l'emploi d'armes nucléaires n'excluait pas expressément leur utilisation à titre de représailles ou n'imposait pas aux Etats l'obligation de ne jamais se servir d'armes nucléaires, quelles que soient les circonstances, interdiction expresse qui s'applique, elle, à l'emploi d'armes chimiques aux termes de l'article premier de la convention de 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, si elle entre en vigueur. Au paragraphe 46 de son avis, la Cour dit, à propos de la question des représailles en temps de conflit armé, que «tout droit de recourir à de telles représailles serait, comme le droit de légitime défense, régi, notamment, par le principe de proportionnalité». Il est exact de rappeler ce principe parmi d'autres mais il ne l'est pas de susciter le doute, comme la Cour semble le faire, quant à l'existence de représailles en temps de conflit armé. Un tel doute ne saurait s'appuyer ni sur le droit coutumier de la guerre et les manuels militaires établis par les Etats en application de ce droit — où sont affirmés depuis longtemps le principe et la pratique des représailles en temps de conflit armé — ni sur le libellé des conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels qui interdisent les représailles non pas d'une façon générale mais dans des cas particuliers (quand elles sont dirigées contre des prisonniers de guerre, des blessés, des civils, certains objets, certaines installations, etc.). Non seulement les nouvelles restrictions importantes qui visent les représailles dans le protocole I, lequel ne lie que les parties, n'interdisent pas complètement les représailles en temps de conflit armé, mais encore on a estimé, au moment de leur élaboration et de leur adoption, que ces restrictions, comme d'ailleurs les autres innovations du protocole I, ne s'appliquaient pas aux armes nucléaires.

There is another lesson in this example, namely, that as long as what are sometimes styled as "rogue States" menace the world (whether they are or are not parties to the NPT), it would be imprudent to set policy on the basis that the threat or use of nuclear weapons is unlawful "in any circumstance". Indeed, it may not only be rogue States but criminals or fanatics whose threats or acts of terrorism conceivably may require a nuclear deterrent or response.

ARTICLE VI OF THE NON-PROLIFERATION TREATY

Finally, I have my doubts about the Court's last operative conclusion in paragraph 2 F:

> "There exists an obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control."

If this obligation is that only of "Each of the Parties to the Treaty" as Article VI of the Non-Proliferation Treaty states, this is another anodyne asseveration of the obvious, like those contained in operative paragraphs 2 A, 2 B, 2 C and 2 D. If it applies to States not party to the NPT, it would be a dubious holding. It would not be a conclusion that was advanced in any quarter in these proceedings; it would have been subjected to no demonstration of authority, to no test of advocacy; and it would not be a conclusion that could easily be reconciled with the fundamentals of international law. In any event, since paragraph 2 F is not responsive to the question put to the Court by the General Assembly, it is to be treated as *dictum*.

(Signed) Stephen M. SCHWEBEL.

Il y a une autre leçon à tirer de cet exemple, à savoir que, tant que des Etats qu'on a parfois qualifiés de «sans foi ni loi» menacent le monde (qu'ils soient ou non parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires), il serait imprudent d'arrêter une politique en la matière fondée sur l'idée que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est illicite «en toutes circonstances». Au reste, il n'y a pas seulement des Etats sans foi ni loi, mais il y a aussi des criminels et des fanatiques dont les menaces ou les actes de terrorisme pourraient fort bien appeler une riposte ou un élément de dissuasion nucléaire.

ARTICLE VI DU TRAITÉ SUR LA NON-PROLIFÉRATION DES ARMES NUCLÉAIRES

Enfin, j'ai des doutes au sujet du dernier paragraphe du dispositif, le paragraphe 2 F aux termes duquel:

> «Il existe une obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace.»

Si cette obligation ne s'impose qu'à «chacune des parties au traité» comme le précise l'article VI du traité sur la non-prolifération, ce n'est qu'une répétition anodine d'une évidence, tout comme celles que contiennent les paragraphes 2 A, 2 B, 2 C et 2 D du dispositif. Si elle s'appliquait aux Etats non parties au traité, ce serait une constatation équivoque. Il s'agirait d'une conclusion que personne n'a avancée pendant la procédure; qui n'aurait été ni démontrée par des preuves ni soumise au principe du contradictoire; ce serait une conclusion difficile à concilier avec les bases fondamentales du droit international. De toute manière, comme le paragraphe 2 F ne répond pas à la question posée à la Cour, il doit être considéré comme un simple *dictum*.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.

DISSENTING OPINION OF JUDGE ODA

TABLE OF CONTENTS

Paragraphs

I. Introductory Remarks — My Opposition to the Court's Decision to Render an Opinion in Response to the Request under General Assembly Resolution 49/75 K in This Case 1-14

(1) The inadequacy of the question put by the General Assembly in the resolution as the request for advisory opinion 2-5

(2) The lack of a meaningful consensus of the Member States of the United Nations on the request drafted without any adequate statement of reasoning 6-14

Table I

II. One Aspect of Nuclear Disarmament — The Unsuccessful Efforts over a Long Period to Bring About a Convention "Prohibiting the Use or Threat of Use of Nuclear Weapons under Any Circumstances" as an Immediate Background to the Request to the Court 15-25

(1) Declaration on the non-use or the prohibition of nuclear weapons 15-19

Table II

(2) The 1982-1995 resolutions on the Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons 20-25

Table III

III. Another Aspect of Nuclear Disarmament — Nuclear Disarmament in the Period of the Cold War and the Road to the Conclusion of the Non-Proliferation Treaty 26-42

(1) The nuclear arms race and the control of nuclear weapons in the period of the Cold War; the emergence of the Non-Proliferation Treaty 26-33

(a) Development of nuclear disarmament 26-30

(b) Separation between nuclear-weapon States and non-nuclear-weapon States 31-33

(2) Perpetuation of the NPT régime 34-41

(a) Non-Proliferation Treaty 34-36

(b) Indefinite extension of the Non-Proliferation Treaty 37-41

Table IV

OPINION DISSIDENTE DE M. ODA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. OBSERVATIONS LIMINAIRES: POURQUOI JE M'OPPOSE À LA DÉCISION DE LA COUR DE DONNER UN AVIS EN RÉPONSE À LA DEMANDE FORMULÉE PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DANS SA RÉSOLUTION 49/75 K EN L'ESPÈCE 1-14

1) Le caractère inadéquat de la question posée par l'Assemblée générale dans la résolution par laquelle elle sollicite un avis consultatif 2-5

2) L'absence d'un consensus significatif des Etats Membres des Nations Unies sur une demande ne comportant pas d'exposé des motifs approprié 6-14

Tableau I

II. UN ASPECT DU DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE: LES EFFORTS DÉPLOYÉS EN VAIN DURANT PLUSIEURS DÉCENNIES POUR ABOUTIR À UNE CONVENTION «INTERDISANT EN TOUTES CIRCONSTANCES LE RECOURS OU LA MENACE DU RECOURS AUX ARMES NUCLÉAIRES» QUI SONT DIRECTEMENT À L'ORIGINE DE LA DEMANDE D'AVIS 15-25

1) Déclaration sur le non-recours aux armes nucléaires ou l'interdiction des armes nucléaires 15-19

Tableau II

2) Les résolutions concernant la convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires adoptées entre 1982 et 1995 20-25

Tableau III

III. UN AUTRE ASPECT DU DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE: LE DÉSARMEMENT NUCLÉAIRE À L'EPOQUE DE LA GUERRE FROIDE ET LA VOIE MENANT À LA CONCLUSION DU TRAITÉ SUR LA NON-PROLIFÉRATION 26-42

1) La course aux armes nucléaires et le contrôle des armes nucléaires à l'époque de la guerre froide; l'adoption du traité sur la non-prolifération 26-33

a) Le désarmement nucléaire 26-30

b) Le clivage entre les Etats dotés d'armes nucléaires et les Etats qui n'en détiennent pas 31-33

2) Perpétuation du régime du TNP 34-41

a) Traité sur la non-prolifération 34-36

b) Prorogation pour une durée indéfinie du traité sur la non-prolifération 37-41

Tableau IV

(3) Significance of the NPT régime in the period of the still valid doctrine of nuclear deterrence 42

Table V

IV. CONCLUDING REMARKS 43-54

(1) Re-examination of the General Assembly's request for the Court's advisory opinion 43-46
(2) Role of the advisory function and the discretion of the Court to decline to render an advisory opinion 47-51
(3) Conclusions 52-54

V. SUPPLEMENTARY OBSERVATIONS ON MY POSITION AS REGARDS PARAGRAPH 2 OF THE OPERATIVE PART OF THE PRESENT ADVISORY OPINION 55

3) Signification du régime du TNP dans une période où la doctrine de la dissuasion militaire est toujours en vigueur 42

Tableau V

IV. CONCLUSIONS 43-54

1) Réexamen de la demande d'avis consultatif soumise à la Cour par l'Assemblée générale 43-46
2) Rôle de la fonction consultative et pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser de donner un avis consultatif 47-51
3) Conclusions 52-54

V. OBSERVATIONS SUPPLÉMENTAIRES CONCERNANT MA POSITION VIS-À-VIS DU PARAGRAPHE 2 DU DISPOSITIF DU PRÉSENT AVIS CONSULTATIF 55

I. Introductory Remarks — My Opposition to the Court's Decision to Render an Opinion in Response to the Request under General Assembly Resolution 49/75 K in This Case

1. As the only Judge who voted against paragraph 1 of the operative part of the Court's Opinion, I would like to state my firm conviction that the Court, for reasons of judicial propriety and economy, should have exercised its discretionary power to refrain from rendering an opinion in response to the request for advisory opinion submitted by the United Nations General Assembly under its resolution 49/75 K of 15 December 1994. I am sorry to have to say that the conclusions the Court has now reached do not appear to me to constitute substantive or substantial answers to the questions that the General Assembly wanted to raise by means of its resolution and occasion doubts about the credibility of the Court.

(1) The Inadequacy of the Question Put by the General Assembly in the Resolution as the Request for Advisory Opinion

2. *(The request laid down in resolution 49/75 K.)* The question put to the Court by the General Assembly, under resolution 49/75 K within the framework of the agenda item: "General and complete disarmament", reads strangely. It is worded as follows:

> "Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?"
>
> (The French text reads: "Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?")

The Court's Opinion points out the difference between the English and the French texts of the request and states that "[t]he Court finds it unnecessary to pronounce on the possible divergences" (Advisory Opinion, para. 20). We should, however, note that the resolution which originated in draft resolution A/C.1/49/L.36 (original: English), prepared and introduced by Indonesia (on behalf of the States Members of the United Nations that are members of the Movement of Non-Aligned Countries), was originally drafted in English and that, in the First Committee at the forty-ninth session (1994) which took up this draft resolution, the content of this original English text was not questioned by any delegate. Moreover, it would seem that the francophone delegates raised no question about the text of the French translation, as far as the verbatim records indicate. I shall therefore proceed with my analysis based on the English text.

3. *(The request was presented to the Court, not so much in order to ascertain its opinion as to seek the endorsement of an alleged legal axiom.)* When putting this question to the Court, the General Assembly — or those States which took the initiative in drafting the request —

I. Observations liminaires: Pourquoi je m'oppose à la décision de la Cour de donner un avis en réponse à la demande formulée par l'Assemblée générale dans sa résolution 49/75 K en l'espèce

1. Seul juge à avoir voté contre le paragraphe 1 du dispositif de l'avis de la Cour, j'aimerais affirmer ma ferme conviction que la Cour aurait dû, pour des raisons d'opportunité et de réserve judiciaires, user de son pouvoir discrétionnaire en la matière et s'abstenir de donner un avis en réponse à la demande d'avis consultatif présentée par l'Assemblée générale des Nations Unies conformément à sa résolution 49/75 K du 15 décembre 1994. Je note avec regret que les conclusions auxquelles la Cour est parvenue ne me paraissent pas constituer des réponses sur le fond ou nettes aux questions que l'Assemblée générale entendait soulever par le biais de sa résolution et suscitent des doutes quant à la crédibilité de la Cour.

1) Le caractère inadéquat de la question posée par l'Assemblée générale dans la résolution par laquelle elle sollicite un avis consultatif

2. *(La demande formulée dans la résolution 49/75 K.)* La question posée à la Cour par l'Assemblée générale dans la résolution 49/75 K, au titre du point de l'ordre du jour intitulé «Désarmement général et complet», paraît étrange. Elle est libellée dans les termes ci-après:

> «Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?»
>
> (Le texte français se lit comme suit: «Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?»)

Dans son avis, la Cour relève la différence existant entre les textes anglais et français de la demande et précise que «la Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur les divergences possibles» (avis consultatif, par. 20). Il faut noter cependant que la résolution, qui a pour origine le projet de résolution A/C.1/49/L.36 (original: anglais) rédigé et présenté par l'Indonésie (au nom des Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies qui sont membres du mouvement des pays non alignés), a été rédigée en anglais et qu'à la Première Commission, qui a adopté ce projet de résolution à la quarante-neuvième session (1994), aucun délégué n'a soulevé d'objections au sujet de la teneur de ce texte original anglais. De plus, il semblerait, si l'on se reporte aux procès-verbaux de séance, qu'aucun délégué francophone n'a soulevé de question à propos du texte de la traduction française. Mon analyse se fondera donc sur le texte anglais.

3. *(La demande a été présentée à la Cour moins pour connaître son avis que pour l'amener à entériner un prétendu axiome juridique.)* Il est évident que, en posant cette question à la Cour, l'Assemblée générale — ou ceux des Etats qui ont pris l'initiative de rédiger la demande d'avis —

clearly *never* expected that it would give an answer in the *affirmative* stating that: "*Yes*, the threat or use of nuclear weapons *is* permitted under international law in any circumstance [or, in all circumstances]." If this is true, it follows that, in fact, the General Assembly *only* expected the Court to state that: "*No*, the threat or use of nuclear weapons is *not* permitted under international law *in any circumstance*." The General Assembly, by asking the question that it did, wished to obtain nothing more than the Court's *endorsement* of the latter conclusion.

Since the Court was simply asked in this instance to give an opinion endorsing what is, in the view of the General Assembly, a legal axiom to the effect that "the threat or use of nuclear weapons is not permitted under international law in any circumstance", I wonder if the request really does fall within the category of a request for advisory opinion within the meaning of Article 96 (1) of the Charter of the United Nations. In the history of the advisory function of the Court, a simple endorsement or approval of what either the General Assembly or the Security Council believed to be a correct legal axiom has never been asked for in the form of a request for advisory opinion.

The drafting of the question put by the General Assembly seems to have been extremely singular. The Court has, however, reformulated the question to read, as indicated in paragraph 20 of the Advisory Opinion: "[the] real objective [of the question] is clear: to determine the legality or illegality of the *threat or use of nuclear weapons*" (emphasis added) and, furthermore, has implicitly reformulated the question to read: if nuclear weapons are not totally prohibited, under what circumstances is the threat or use of nuclear weapons considered to be lawful or permissible?

4. *(The lack of clarity as regards the concept of a "threat" in connection with nuclear weapons.)* I would like further to point out that the words "the threat of nuclear weapons" are not clearly defined in the request and may not have been understood in an unequivocal manner by the Member States which supported the resolution. An important point seems to be overlooked in the request, namely a possibility that nuclear weapons may well be considered to constitute a "threat" merely by being in a State's possession or being under production by a State, considering that the phrase "*threat or* use of nuclear weapons" (emphasis added) was first used in the request while the phrase "the use *or threat of use* of nuclear weapons" (emphasis added) had long been employed in the United Nations resolutions. In my view it was quite possible, at the time of the request, for some Member States of the United Nations to consider that the actual "possession" or "production" of nuclear weapons constituted a "threat". In other words, the request might have been prepared by some States who strongly upheld the straightforward notion of the illegality of nuclear weapons as whole.

ne s'est *jamais* attendue qu'elle tranche la question par l'*affirmative* et déclare: «*Oui*, il *est* permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance [ou, dans toutes les circonstances].» Si cela est exact, il s'ensuit qu'en réalité l'Assemblée générale s'attendait *simplement* que la Cour réponde: «*Non*, il *n'est pas* permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires *en toute circonstance*.» En posant la question que l'on sait, l'Assemblée générale souhaitait rien de moins que d'entendre la Cour *faire sienne* cette dernière conclusion.

La Cour ayant été simplement priée en l'espèce de donner un avis qui entérinerait ce qui, aux yeux de l'Assemblée générale, constitue un axiome juridique reconnaissant qu'«il n'est pas permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance», je ne sais pas vraiment si la demande d'avis constitue bien une demande d'avis consultatif au sens du paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies. Au cours de l'histoire de sa fonction consultative, la Cour n'a jamais été priée d'entériner ou d'approuver ce que l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité considérait comme un véritable axiome juridique sous la forme d'une demande d'avis consultatif.

La formulation de la question posée par l'Assemblée générale ne manque pas de susciter des interrogations. Cependant, la Cour a reformulé la question pour qu'elle se lise ainsi, comme indiqué au paragraphe 20 de l'avis: «[La question posée] ... l'a été avec un objectif clair: déterminer ce qu'il en est de la licéité ou de l'illicéité de la *menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*» (les italiques sont de moi). En outre, elle a implicitement reformulé la question comme suit: si les armes nucléaires ne sont pas totalement interdites, dans quelles circonstances la menace ou l'emploi d'armes nucléaires sont-ils considérés comme licites ou permis?

4. *(Le manque de clarté de la notion de «menace» en relation avec les armes nucléaires.)* Je tiens également à relever que les mots «la menace d'armes nucléaires» ne sont pas clairement définis dans la demande et n'ont peut-être pas été compris de manière univoque par les Etats Membres qui ont appuyé la résolution. Un point important semble avoir été passé sous silence dans la demande, à savoir la possibilité que les armes nucléaires puissent être considérées comme constituant «une menace» par le simple fait d'être en la possession d'un Etat ou d'être fabriquées par un Etat, étant donné que l'expression «*la menace ou* l'emploi des armes nucléaires» (les italiques sont de moi) a été utilisée pour la première fois dans la demande, alors que l'expression «l'utilisation *ou la menace de l'utilisation* des armes nucléaires» (les italiques sont de moi) était employée depuis longtemps dans les résolutions des Nations Unies. Selon moi, il était tout à fait possible, au moment de la formulation de la demande, que certains Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies estimaient que le fait même de «posséder» ou de «fabriquer» des armes nucléaires constituait une «menace». Autrement dit, la demande aurait pu être rédigée par certains Etats entièrement acquis à la notion sans équivoque de l'illicéité des armes nucléaires en tant que telles.

5. *(Political history of the request.)* What actually gave rise to this inaptly phrased and inadequately understood request? I shall engage in a detailed analysis of this question and would like to stress one point, namely that, in spite of the Court's view that "regard [should] *not* [be had] to the origins or to the political history of the request, or to the distribution of votes in respect of the adopted resolution" (Advisory Opinion, para. 16; emphasis added), it appears to me pertinent and essential to examine why and under what circumstances the present request was submitted to the Court under resolution 49/75 K in 1994 and by whom — within the Organization of the United Nations or outside of it — this request was initiated. It is for this reason that I will engage in an analysis of the history of the request and the way in which some relevant decisions were taken by the General Assembly.

(2) The Lack of a Meaningful Consensus of the Member States of the United Nations on the Request Drafted without Any Adequate Statement of Reasoning

6. *(Preliminary attempt in 1993.)* It was not until 1994 that the General Assembly raised the question of what was the *existing international law* concerning nuclear weapons generally, despite the fact that the discovery, development and possession of nuclear weapons, as well as the threat of their use, had for the previous 50 years, since 1945, consistently been a matter of profound political concern to the international community.

However, prior to the adoption of resolution 49/75 K by the General Assembly at its forty-ninth session (1994), the idea of requesting the Court's opinion on the existing international law concerning nuclear weapons had been suggested at the forty-eighth session (1993) under the agenda item: "General and complete disarmament" (an item dating back to the twenty-sixth session (1971) of the General Assembly), when, in the First Committee, Indonesia introduced on 9 November 1993 a draft resolution on behalf of the Movement of Non-Aligned Countries: "Request for an advisory opinion from the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons" (A/C.1/48/L.25).

In fact a request for an advisory opinion of the Court had already been made by the World Health Organization (WHA46.60) just a few months previously — a fact that was mentioned in the preambular paragraph of that Indonesian draft resolution.

On 19 November 1993 the sponsors of that draft resolution decided not to press for action on it, but without giving any explanation for that decision. A draft resolution with a similar content was, however, once again brought before the General Assembly in the following year at its forty-ninth session (1994).

7. *(The Movement of Non-Aligned Countries.)* Relevant to this was one of the decisions made at the Eleventh Ministerial Conference of the Movement of Non-Aligned Countries which was convened in Cairo

5. *(Histoire politique de la demande.)* Qu'est-ce qui a bien pu donner lieu à cette demande mal formulée et mal comprise? Je me propose d'analyser en détail cette question et je voudrais souligner un point: bien que la Cour ait déclaré qu'elle «*ne* prendra[it] *pas* en considération ... les origines ou l'histoire politique de la demande, ou la répartition des voix lors de l'adoption de la résolution» (avis consultatif, par. 16; les italiques sont de moi), il me paraît indiqué et indispensable d'examiner pourquoi et dans quelles circonstances la présente demande a été soumise à la Cour en application de la résolution 49/75 K en 1994, et qui — au sein de l'Organisation des Nations Unies ou en dehors d'elle — est à l'origine de cette demande. C'est pourquoi, je me propose d'analyser l'histoire de la demande et la façon dont certaines décisions pertinentes ont été prises par l'Assemblée générale.

2) L'absence d'un consensus significatif des Etats Membres des Nations Unies sur une demande ne comportant pas d'exposé des motifs approprié

6. *(La première tentative en 1993.)* Ce n'est qu'en 1994 que l'Assemblée générale a soulevé la question de savoir quel était le *droit international existant* concernant les armes nucléaires en général, alors que la découverte, la mise au point et la possession des armes nucléaires, ainsi que la menace de leur emploi, n'avaient cessé au cours des cinquante dernières années, depuis 1945, d'être un motif de profonde préoccupation politique pour la communauté internationale.

Cependant, avant l'adoption de la résolution 49/75 K par l'Assemblée générale à sa quarante-neuvième session (1994), l'idée de solliciter l'avis de la Cour sur le droit international existant concernant les armes nucléaires avait été avancée à la quarante-huitième session (1993) au titre du point de l'ordre du jour intitulé: «Désarmement général et complet» (ce point datait de la vingt-sixième session (1971) de l'Assemblée générale), lorsque l'Indonésie a présenté à la Première Commission, le 9 novembre 1993, un projet de résolution au nom du mouvement des pays non alignés, intitulé: «Demande d'avis consultatif à la Cour internationale de justice sur la légalité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire» (A/C.1/48/L.25).

En fait, à peine quelques mois auparavant, l'Organisation mondiale de la Santé avait présenté une demande d'avis consultatif à la Cour (WHA46.60), comme cela était signalé dans ce projet de résolution indonésien.

Le 19 novembre 1993, les auteurs dudit projet de résolution ont décidé de ne pas demander qu'il soit mis aux voix, sans donner la moindre explication à ce sujet. Toutefois, l'année suivante, l'Assemblée générale a été saisie à sa quarante-neuvième session (1994) d'un projet de résolution d'une teneur analogue.

7. *(Le mouvement des pays non alignés.)* A propos de ce point, il faut signaler une des décisions prises à la onzième conférence ministérielle du mouvement des pays non alignés qui s'était tenue au Caire en mai-juin

in May-June 1994. The Conference covered an extremely wide range of subjects and its Final Document on "Disarmament and international security" read:

> "69. The Ministers *decided to retable and put to the vote* the resolution seeking an advisory opinion from the International Court of Justice on the legality of *the use and threat of use of nuclear weapons* during the forty-ninth Session of the General Assembly." (A/49/287; S/1994/894; emphasis added.)

The circumstances under which the Conference reached this particular decision were not clear from the documentation available.

The same decision of the non-aligned countries was repeated by the meeting of the Ministers of Foreign Affairs and Heads of Delegation of the Movement of Non-Aligned Countries to the forty-ninth session (1994) of the General Assembly held at the United Nations Headquarters on 5 October 1994 (A/49/532; S/1994/1179: para. 34).

8. *(Non-governmental organization.)* I would also point to another factor. The idea behind the resolution whereby the General Assembly (and also the WHO) requested advisory opinions, had previously been advanced by a handful of non-governmental organizations (NGOs) which initiated a campaign for the *total prohibition* of nuclear weapons but failed to persuade the States' delegations in the forum of the General Assembly, which has done no more during a period of more than ten years than to pass repeated resolutions suggesting a convention on the prohibition of the use or threat of use of nuclear weapons (cf. paras. 21-24, below). Some NGOs seem to have tried to compensate for the vainness of their efforts by attempting to get the principal judicial organ of the United Nations to determine the *absolute illegality* of nuclear weapons, in a bid to persuade the Member States of the United Nations to press for their immediate and complete prohibition in the political forum.

A statement made by an observer from the International Physicians for the Prevention of Nuclear War at the World Health Assembly in 1993 appears to shed light on what was behind the movement towards the attempt to get the International Court of Justice to render an advisory opinion on the matter in response to a request from the World Health Organization if not from the United Nations General Assembly. The observer stated that "WHO would be right to seek an opinion on the matter from the International Court of Justice".

An observer from the World Federation of Public Health Associations informed the World Health Assembly that

> "it [itself] had unanimously adopted a resolution on nuclear weapons and public health which, *inter alia*, urged the World Health Assembly to request an advisory opinion from the International

1994. La conférence devait aborder une gamme très étendue de sujets. Dans son document final concernant «Le désarmement et la sécurité internationale», on peut lire ceci:

> «69. Les ministres *ont décidé de soumettre à nouveau et de faire mettre aux voix* la résolution demandant que la Cour internationale de Justice donne un avis consultatif, pendant la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, sur la légalité de *l'emploi et de la menace de l'emploi d'armes nucléaires.*» (A/49/287; S/1994/894; les italiques sont de moi.)

Les documents disponibles ne permettent pas de se faire une idée claire des conditions dans lesquelles la conférence est parvenue à cette décision.

Cette décision des pays non alignés a été réaffirmée par la réunion des ministres des affaires étrangères et des chefs de délégation du mouvement des pays non alignés à la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, tenue au Siège de l'Organisation des Nations Unies, le 5 octobre 1994 (A/49/532; S/1994/1179, par. 34).

8. *(Organisations non gouvernementales.)* Je voudrais également relever un autre point. L'idée qui sous-tendait la résolution par laquelle l'Assemblée générale (et également l'OMS) demandaient des avis consultatifs avait déjà été avancée par quelques organisations non gouvernementales qui avaient lancé une campagne en faveur de l'*interdiction totale* des armes nucléaires, sans parvenir cependant à convaincre les délégations des Etats siégeant à l'Assemblée générale, laquelle s'est contentée pendant plus de dix années de voter, dans des termes similaires, des résolutions préconisant la conclusion d'une convention sur l'interdiction de l'utilisation ou de la menace de l'utilisation des armes nucléaires (voir ci-après par. 21-24). Ayant constaté que leurs efforts étaient restés vains, certaines organisations non gouvernementales semblent avoir tenté d'amener l'organe judiciaire principal des Nations Unies à déclarer l'*illicéité absolue* des armes nucléaires, aux fins de persuader les Etats Membres de l'Organisation de tout mettre en œuvre pour que cette dernière décide l'interdiction complète et immédiate desdites armes.

Une déclaration faite par un observateur de l'Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire à l'Assemblée mondiale de la Santé en 1993 explique peut-être les mobiles auxquels obéissait le mouvement visant à amener la Cour internationale de Justice à donner un avis consultatif sur la question en réponse à une demande de l'Organisation mondiale de la Santé, sinon de l'Assemblée générale des Nations Unies. Selon cet observateur, «il serait bon que l'OMS sollicite un avis de la Cour internationale de Justice sur cette question».

De son côté, un observateur de la Fédération mondiale des associations de la santé publique devait informer l'Assemblée mondiale de la Santé que:

> «elle [elle-même] avait adopté à l'unanimité une résolution sur les armes nucléaires et la santé publique qui, entre autres, demandait instamment à l'Assemblée mondiale de la Santé de solliciter un avis

> Court of Justice on the legal status of the use of nuclear weapons, so as to remove the cloud of legal doubt under which the nuclear powers continued their involvement with such weapons, as well as to provide the legal basis for the gradual creation of a nuclear-free world".

This matter is referred to in my separate opinion appended to the Court's Opinion in response to the request of the WHO (*Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, I.C.J. Reports 1996*, pp. 88-96).

Another document of interest is an essay in a newsletter of the World Government of World Citizens, a part of which reads as follows:

> "The threat to humanity's existence posed by nuclear weapons has encouraged humans the world over to consider new strategies for influencing their governments. One of these initiatives — the movement to *'illegalize' nuclear weapons* — may increase participation in new governing structures being created to address global problems. The World Court Project is thus taking its place in the forefront of the antinuclear movement.
>
> . . . . . .
>
> To crystallize a united front against nuclear weaponry, several nongovernmental organizations (NGOs) . . . have established a World Court Project. These NGOs have *successfully lobbied the 'non-aligned' members of the United Nations General Assembly* and the U.N.'s World Health Organization (WHO) to establish, according to customary international law, *the illegality of nuclear weapons*." (*World Citizen News*, Vol. IX, No. 6, December-January 1996; emphasis added.)

This gives the impression that the request for an advisory opinion which was made by the General Assembly in 1994 originated in ideas developed by some NGOs.

9. *(The Indonesian draft resolution in the forty-ninth session.)* In the First Committee at the forty-ninth session (1994), some States' representatives made various kinds of reference, in the general debate on all disarmament and international security agenda items that was held in the period 17-20 October 1994, to the earlier decisions of the Non-Aligned Movement as referred to paragraph 7 above.

While Benin was opposed to

> "any initiative which could be counter-productive and which might necessitate a legal ruling from the International Court of Justice on questions which are essentially political in nature, such as those of the legality of the use or a threat of the use of nuclear weapons" (A/C.1/49/PV.3, p. 22),

consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de l'emploi d'armes nucléaires, afin de dissiper le nuage de doute juridique à l'abri duquel les puissances dotées de l'arme nucléaire continuaient de s'impliquer dans ce domaine, ainsi que de fournir une base juridique pour la création progressive d'un monde dénucléarisé».

Je fais allusion à cette affaire dans mon opinion individuelle jointe à l'avis de la Cour donné en réponse à la demande de l'Organisation mondiale de la Santé (*Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, C.I.J. Recueil 1996*, p. 88-96).

On prendra connaissance avec intérêt d'un autre document, en l'occurrence un essai publié dans un bulletin du World Government of World Citizens, où l'on peut lire ceci notamment:

«La menace que les armes nucléaires font peser sur la survie de l'humanité a incité des habitants de toutes les régions du monde à envisager de nouvelles stratégies en vue d'influencer leurs gouvernements. Une de ces initiatives — le mouvement tendant à *mettre les armes nucléaires «hors la loi»* — pourrait renforcer la participation au sein des nouvelles structures de décision créées pour apporter une solution à des problèmes mondiaux. Le projet d'une cour mondiale se situe donc à l'avant-garde du mouvement antinucléaire.

. . . . . .

Pour donner corps à un front uni contre l'arsenal nucléaire, plusieurs organisations non gouvernementales (ONG) ... ont élaboré un projet de cour mondiale. Ces ONG ont *fait pression avec succès sur les Etats membres «non alignés» à l'Assemblée générale des Nations Unies* et au sein de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) aux fins d'établir, conformément au droit international coutumier, *l'illicéité des armes nucléaires.*» (*World Citizen News*, vol. IX, n° 6, décembre-janvier 1996; les italiques sont de moi.)

Cela donne à penser que la demande d'avis consultatif présentée par l'Assemblée générale en 1994 trouve son origine dans des idées conçues par certaines organisations non gouvernementales.

9. *(Le projet de résolution indonésien présenté à la quarante-neuvième session.)* A la quarante-neuvième session (1994), les représentants de certains Etats se sont référés à plusieurs reprises, lors du débat général concernant tous les points de l'ordre du jour relatifs au désarmement et à la sécurité internationale qui s'est tenu à la Première Commission entre le 17 et le 20 octobre 1994, aux décisions antérieures du mouvement des pays non alignés mentionnées ci-dessus au paragraphe 7.

Alors que le Bénin a déclaré vouloir

«éviter toute initiative contre-productive tendant, par exemple, à demander un avis juridique à la Cour internationale de Justice sur des questions essentiellement politiques telles que celles de la légalité de l'emploi ou de la menace de l'emploi des armes nucléaires» (A/C.1/49/PV.3, p. 24),

the United Arab Emirates, Zimbabwe, Namibia, Tanzania and Malaysia were in favour of such an initiative (A/C.1/49/PV.5-7).

In that situation, Indonesia, on behalf of the members of the Movement of Non-Aligned Countries, introduced on 9 November 1994 a draft resolution on "Request for an advisory opinion from the International Court of Justice on the legality of the threat or use of nuclear weapons" (A/C.1/49/L.36) to the First Committee (A/C.1/49/PV.15, p. 7). This draft resolution, which proposed that the General Assembly should

> "*[d]ecide[s]*, pursuant to Article 96, paragraph 1, of the Charter, to request the International Court of Justice urgently to render its advisory opinion on the following question: 'Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?'"

and which was practically identical to the 1993 text (A/C.1/48/L.25) proposed by Indonesia (which however did not press for action at the forty-eighth session (1993)) (see para. 6, above), became the subject of discussion at the First Committee on 17 and 18 November 1994.

In fact, the text of this question put to the Court, which was originally a part of the Indonesian draft, seems simply to have been copied, though not in exactly the same terms, from the General Assembly resolutions on a "Convention on the prohibition of nuclear weapons and prevention of nuclear war" (which have been adopted as a matter of routine and without being subjected to any substantive discussions in every session of the General Assembly since 1982) with an accompanying draft convention reading:

> "The States Parties to this Convention solemnly undertake not to *use or threaten to use nuclear weapons under any circumstances*." (Art. 1; emphasis added.)

(See, e.g., General Assembly resolution 48 76 B and Table III, Nos. 1-12, below.)

10. *(For and against the Indonesian draft.)* While Malaysia gave its support to this draft resolution by stating that:

> "In the present post-cold-war climate, the legal opinion of the International Court of Justice could make an important contribution to the realization of a nuclear-weapons-free world. It could not replace nuclear disarmament initiatives, but it could provide the *legal and moral* parameters within which such initiatives could succeed" (A/C.1/49/PV.22, p. 4; emphasis added),

Senegal, Chile and Benin asked for the postponement of the discussions in order to have more time for consultations before voting (*ibid.*, pp. 4-6).

les Emirats arabes unis, le Zimbabwe, la Namibie, la Tanzanie et la Malaisie ont pris position en faveur d'une telle initiative (A/C.1/49/PV.5-7).

Dans ces circonstances, l'Indonésie a présenté le 9 novembre 1994, au nom des Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies qui sont également membres du mouvement des pays non alignés, un projet de résolution intitulé «Demande d'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la légalité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires» (A/C.1/49/L.36) à la Première Commission (A/C.1/49/PV.15, p. 7). Ce projet de résolution, qui proposait que l'Assemblée générale

> «*[d]écide*, conformément au paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte, de demander à la Cour internationale de Justice de rendre dans les meilleurs délais un avis consultatif sur la question ci-après: «Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'utilisation d'armes nucléaires en toute circonstance?»

et qui était pratiquement identique au texte de 1993 (A/C.1/48/L.25) proposé par l'Indonésie (sans que celle-ci ne demande cependant qu'il soit mis aux voix à la quarante-huitième session (1993)) (voir ci-dessus par. 6), a été examiné à la Première Commission, les 17 et 18 novembre 1994.

En réalité, le texte de cette question ainsi posée à la Cour, qui faisait partie à l'origine du projet indonésien, paraît avoir été tout simplement emprunté, même si les termes ne sont pas tout à fait identiques, aux résolutions de l'Assemblée générale concernant une «Convention sur l'interdiction des armes nucléaires et la prévention de la guerre nucléaire» (qui ont été adoptées régulièrement et sans faire l'objet d'aucune discussion de fond à chaque session de l'Assemblée générale depuis 1982) qu'accompagnait un projet de convention où l'on pouvait lire ceci:

> «Les Etats parties à la présente Convention s'engagent solennellement à *n'employer ni menacer d'employer les armes nucléaires en aucune circonstance.*» (Article premier; les italiques sont de moi.)

(Voir, par exemple, la résolution 48/76 B de l'Assemblée générale et ci-après le tableau III, n[os] 1-12).

10. *(Pour et contre le projet indonésien.)* Le représentant de la Malaisie a appuyé ce projet de résolution en déclarant que:

> «Dans le climat actuel d'après-guerre froide, l'opinion juridique de la Cour internationale de Justice pourrait contribuer sensiblement à l'instauration d'un monde exempt d'armes nucléaires. Sans remplacer les initiatives de désarmement nucléaire, cela pourrait cependant aider à mettre en place les paramètres *juridiques et moraux* dans le cadre desquels de telles initiatives pourraient être menées à bien.» (A/C.1/49/PV.22, p. 4; les italiques sont de moi.)

Mais le Sénégal, le Chili et le Bénin ont demandé le renvoi de la discussion afin de pouvoir consacrer davantage de temps à des consultations avant le vote (*ibid.*, p. 4-6).

The United States, asserting that

> "it is even harder to fathom the purpose of a draft resolution requesting such an opinion from the International Court of Justice this year, when further steps to control and eliminate nuclear weapons are being taken, negotiated or contemplated",

urged its colleagues to abstain or to vote against this draft resolution (A/C.1/49/PV.22, p. 6).

Morocco appealed that no action should be taken on the draft resolution since "the consensus on this subject among the Movement of Non-Aligned Countries ha[d] been seriously eroded" (A/C.1/49/PV.24, p. 5). Germany, representing the European Union, was opposed to the draft resolution for the reason that

> "[this] resolution would do nothing to help the ongoing consideration of the questions by the International Court of Justice and might adversely affect the standing of both the First Committee and the Court itself. It could also have wider adverse implications on non-proliferation goals which we all share"

and regretted having failed to convince its sponsors to withdraw it (*ibid.*, p. 6). Hungary immediately echoed the same position.

After Indonesia and Colombia had expressed their opposition to the motion submitted by Morocco for no action on the resolution, this motion was put to the vote and rejected by a recorded vote of 45 in favour, 67 against with 15 abstentions (*ibid.*, p. 7).

Prior to the voting on the Indonesian draft resolution, Russia took the view that

> "the question of the advisability of the use of nuclear weapons is above all a political, not a legal problem . . . Since the Charter of the United Nations and the statutes of the International Court of Justice came into force, nuclear weapons have been considered in States' doctrines not so much as a means of warfare but as a deterrent to war, especially global conflicts. They are therefore different from other weapons, in that they have a political function in the world today." *(Ibid.)*

France stated that

> "Trying to utilize for partisan purposes so respected an international institution as the International Court of Justice entails a very serious responsibility: that of putting at risk the credibility of the Court by leading it away from its mission. Indeed, who can seriously believe that the question posed is a legal one? It is, as we all know, a purely political issue . . . Need I recall that, for the first time since

Le représentant des Etats-Unis, après avoir affirmé que:

> «il est encore plus difficile de comprendre à quoi peut servir un projet de résolution demandant un avis de ce genre à la Cour internationale de Justice cette année, alors que de nouvelles mesures sont prises, négociées ou envisagées, pour maîtriser et éliminer les armes nucléaires»,

a demandé instamment à ses collègues de s'abstenir ou de voter contre ce projet de résolution (A/C.1/49/PV.22, p. 6).

Le représentant du Maroc a demandé de ne pas mettre le projet de résolution aux voix, en faisant valoir que «le consensus au sein du mouvement des non-alignés s'[était] sérieusement effrité» (A/C.1/49/PV.24, p. 6). Le représentant de l'Allemagne, s'exprimant au nom de l'Union européenne, s'est déclaré opposé au projet de résolution en faisant valoir que:

> «[cette] résolution ne contribuerait en rien à faire avancer l'examen des demandes par la Cour internationale de Justice; elle pourrait au contraire nuire à l'image de la Première Commission et à celle de la Cour. Elle pourrait également avoir des incidences plus graves encore sur les objectifs de non-prolifération que nous poursuivons tous»,

et a regretté de n'avoir pu convaincre les auteurs du projet de résolution de retirer celui-ci (*ibid.*, p. 6). La Hongrie s'est associée immédiatement à cette position.

Après que l'Indonésie et la Colombie eurent pris position contre la motion de non-action présentée par le Maroc sur la résolution, cette motion a été mise aux voix et a été rejetée, à la suite d'un vote enregistré, par 67 voix contre 45, avec 15 abstentions (*ibid.*, p. 8).

Avant le vote sur le projet de résolution indonésien, le représentant de la Russie a expliqué que:

> «la question de savoir s'il est opportun d'employer des armes nucléaires est essentiellement un problème politique et non pas un problème juridique ... Depuis l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies et du Statut de la Cour internationale de Justice, les armes nucléaires sont considérées dans les doctrines d'Etat moins comme un instrument de guerre que comme un moyen de prévenir la guerre, en particulier les conflits mondiaux. Elles sont donc différentes des autres armes en ce sens qu'elles jouent un rôle politique dans le monde actuel.» *(Ibid.)*

Le représentant de la France a déclaré que:

> «Vouloir utiliser à des fins partisanes une institution internationale aussi respectée que la Cour internationale de Justice, c'est prendre la responsabilité grave, en la détournant de sa mission, de porter atteinte à son crédit. Qui peut croire en effet que la question posée est de nature juridique? Nous savons tous qu'elle est exclusivement politique ... Faut-il rappeler ici que, pour la première fois depuis

> the invention of nuclear weapons, the entire international community is engaged in multilateral negotiations on a universal and verifiable treaty on a comprehensive nuclear-test ban, and that important progress on this issue has already been achieved at Geneva?" (A/C.1/49/PV.24, p. 8.)

The United Kingdom stated that:

> "the draft resolution . . . risks being seen as a deliberate attempt to exert political pressure over the Court to prejudice its response . . . Secondly, this draft resolution can do nothing to further the various positive diplomatic efforts under way in the field of nuclear disarmament, arms control and non-proliferation, notably on a comprehensive test-ban treaty . . . Thirdly, this draft resolution can do nothing to further global peace and security . . . Fourthly, this draft resolution risks serving the interests of those who wish to distract attention from the destabilizing accumulation of conventional arms and from clandestine programmes aimed at acquiring weapons of mass destruction and developing delivery systems." *(Ibid.)*

Germany (on behalf of the European Union) again pointed out that the European Union and its own country could not support the draft resolution *(ibid.)*. Malta expressed its opposition and stated that

> "[w]ithin the Non-Aligned Movement, to which we belong, we raised the question of withdrawal of the draft resolution. Unfortunately, our request was not acted upon by the Movement." *(Ibid.)*

The United Arab Emirates stated that it would not participate in the voting (*ibid.*, p. 9), and Benin once again expressed its support of the motion presented by Morocco *(ibid.)*.

On the other hand, Iran and Mexico gave support to the draft resolution *(ibid.)*.

11. *(Adoption of the Indonesian draft.)* The draft resolution proposed by Indonesia (on behalf of the Movement of Non-Aligned Countries) was adopted by the First Committee on 7 December 1994, as a result of a recorded vote of 77 votes in favour, 33 against with 21 abstentions (*ibid.*, p. 13).

After the voting, Canada, which had abstained from voting, stated that

> "Canada is . . . concerned that the process of seeking an advisory opinion of the International Court could have a negative impact on certain of these ongoing negotiations by diverting attention from them" *(ibid.)*.

> l'apparition de l'arme nucléaire, l'ensemble de la communauté internationale s'est engagée dans la négociation multilatérale d'un traité universel et vérifiable d'interdiction complète des essais nucléaires et que des progrès importants ont déjà été enregistrés à Genève?» (A/C.1/49/PV.24, p. 8-9.)

Le représentant du Royaume-Uni a déclaré que:

> «le projet de résolution ... risque d'être perçu comme une tentative délibérée d'exercer une pression politique sur la Cour pour influencer sa réponse ... Deuxièmement, le projet de résolution ne peut en rien favoriser les différentes initiatives diplomatiques positives entreprises actuellement en matière de désarmement nucléaire, de maîtrise des armements et de non-prolifération, notamment au sujet d'un traité d'interdiction complète des essais ... Troisièmement, le projet de résolution ne peut contribuer en rien à la paix et à la sécurité dans le monde ... Quatrièmement, ce projet de résolution risque de servir les intérêts de ceux qui souhaitent détourner l'attention de la déstabilisation qu'engendre l'accumulation des armes classiques et des programmes clandestins dont le but est de permettre l'acquisition d'armes de destruction massive et de mettre au point des systèmes de vecteurs.» (*Ibid.*, p. 9-10.)

Le représentant de l'Allemagne (s'exprimant au nom de l'Union européenne) a réaffirmé que l'Union européenne et son propre pays ne pouvaient pas appuyer le projet de résolution (*ibid.*, p. 9). Le représentant de Malte a fait part de son opposition en ces termes:

> «nous avons, dans le cadre du mouvement des pays non alignés dont nous sommes membres, soulevé la question du retrait du projet de résolution. Malheureusement, le mouvement n'a pas donné suite à notre demande.» (*Ibid.*, p. 9.)

Le représentant des Emirats arabes unis a déclaré qu'il ne participerait pas au vote (*ibid.*, p. 10) et le représentant du Bénin a apporté de nouveau son appui à la motion présentée par le Maroc (*ibid.*, p. 10-11).

Par ailleurs, les représentants de l'Iran et du Mexique ont appuyé le projet de résolution (*ibid.*, p. 10).

11. *(Adoption du projet indonésien.)* Le projet de résolution proposé par l'Indonésie (au nom du mouvement des pays non alignés) a été adopté par la Première Commission, le 7 décembre 1994, à l'issue d'un vote enregistré, par 77 voix contre 33, avec 21 abstentions (*ibid.*, p. 14).

Après le vote, le représentant du Canada, qui s'était abstenu, a expliqué que:

> «Le Canada craint ... que le processus de demande d'avis consultatif de la Cour internationale n'ait, en en détournant l'attention, une incidence négative sur certaines des négociations en cours.» (*Ibid.*, p. 15.)

Australia, which also abstained from the voting, explained that

> "we are concerned that seeking an advisory opinion from the International Court of Justice on this issue could have an adverse rather than a positive effect on efforts to advance the process of nuclear disarmament. On the whole, we believe the question is unsuitable for adjudication. It certainly goes beyond a definable field of judicial inquiry and enters into the wider realms of policy and security doctrines of States." (A/C.1/49/PV.24, p. 14.)

Sweden, which had also abstained from the voting, expressed the opinion that "the use of nuclear weapons would not comply with international law" and desired that "the legal situation be clarified as soon as possible by the Court" while stating, however, that that view was simply based on a report of the Swedish Parliament *(ibid.)*.

To continue the explanation of votes, Chile stated that it had voted in favour of the draft resolution, as it felt that it should be guided by the majority orientation of the Movement of Non-Aligned Countries (A/C.1/49/PV.25, p. 1), and Japan gave an explanation of its abstention from the voting, saying that

> "in the present international situation, pursuing the question of the legality of the use of nuclear weapons may simply result in confrontation between countries. Japan therefore believes that it is more appropriate to steadily promote realistic and specific disarmament measures." *(Ibid.)*

China declared that it had not participated in the vote on the draft resolution, hoping that

> "in the further promotion of nuclear disarmament and the prevention of nuclear war the General Assembly, the First Committee, the Disarmament Commission and the Conference on Disarmament, which have already played an important role, will continue to do so" (*ibid.*, p. 4).

12. *(My general views on the discussions in the First Committee.)* I would like to point out that, in spite of the support for the draft resolution proposed by Indonesia, hardly any explanation was given by any delegate backing the resolution as to why the *lex lata* concerning the "threat or use of nuclear weapons" should, as of 1994, require clarification by the International Court of Justice. No positive argument in support of the request was heard from any delegate who favoured the Indonesian proposal. Rather, the statements made in the First Committee by a number of those delegates appear for the most part to have been no more than appeals for the elimination of nuclear weapons.

In addition, the substance of the question or the wording of that ques-

Le représentant de l'Australie, qui s'était abstenu également lors du vote, a expliqué que:

> «[L'Australie] craint que la demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice sur cette question n'ait sur les initiatives prises pour faire avancer le processus de désarmement nucléaire un effet plus négatif que positif. Dans l'ensemble, la question, selon nous, ne se prête pas à un jugement. Elle outrepasse un champ défini d'enquête judiciaire et entre dans les domaines plus vastes des doctrines des Etats en matière de politique et de sécurité.» (A/C1/49/PV.24, p. 15.)

Le représentant de la Suède, qui s'était abstenu également lors du vote, a estimé que «l'emploi d'armes nucléaires est contraire au droit international» et souhaité que «la situation juridique soit éclaircie aussitôt que possible par la Cour», tout en précisant cependant que cette vue se fondait simplement sur un rapport du Parlement suédois (*ibid.*, p. 16.)

Toujours dans le cadre des explications de vote, le représentant du Chili a déclaré qu'il avait voté pour le projet de résolution, sa délégation ayant jugé approprié de se maintenir dans le courant majoritaire du mouvement des pays non alignés (A/C.1/49/PV.25, p. 1). Expliquant son abstention lors du vote, le représentant du Japon a déclaré ceci:

> «vu la situation internationale actuelle, le fait de continuer d'examiner la question de la légalité de l'utilisation des armes nucléaires risque de provoquer un affrontement entre les pays. Le Japon estime par conséquent qu'il convient plutôt de promouvoir régulièrement des mesures de désarmement réalistes et spécifiques.» (*Ibid.*, p. 2.)

Le représentant de la Chine a déclaré qu'il n'avait pas pris part au vote sur le projet de résolution et a émis l'espoir que:

> «tout en plaidant la cause du désarmement nucléaire et de la prévention d'une guerre nucléaire, l'Assemblée générale des Nations Unies, la Première Commission, la Commission du désarmement et la Conférence du désarmement continueront, comme par le passé, à jouer un rôle important à cet égard» (*ibid.*, p. 5).

12. *(Ce que je pense en général du débat à la Première Commission.)* Je tiens à faire observer qu'en dépit de l'appui dont a bénéficié le projet de résolution proposé par l'Indonésie, aucun des délégués qui avaient soutenu la résolution n'a vraiment expliqué pourquoi la *lex lata* concernant «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires» nécessiterait, à partir de 1994, une clarification par la Cour internationale de Justice. Aucun argument positif à l'appui de la demande n'a été donné par aucun des délégués qui s'étaient prononcés en faveur de la proposition indonésienne. La plupart des déclarations faites à la Première Commission par un certain nombre de ces délégués paraissent plutôt devoir être assimilées à des appels à l'élimination des armes nucléaires.

En outre, aucun des Etats Membres n'a vraiment examiné à l'Assem-

tion to be asked of the Court, that is, "[i]s the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?" was scarcely considered by any of the Member States in the General Assembly. The questions of what would constitute the "threat" of nuclear weapons, as opposed to the "threat of use" (a phrase employed in many United Nations resolutions) and whether the "threat" would imply the "possession" or "production" of nuclear weapons, together with the question of what was meant by "any circumstance", were not raised by any delegate in the First Committee. However, it remains a fact that the Indonesian draft resolution was adopted by a majority in the First Committee.

13. *(Plenary meeting.)* The draft resolution adopted by the First Committee on 7 December 1994 by 77 votes in favour, 33 against with 21 abstentions (as stated in paragraph 11, above) was taken up at the Plenary Meeting on 15 December 1994 and was adopted by a recorded vote of 78 in favour, 43 against with 38 abstentions as resolution 49/75 K (see below Table I). France, Russia, the United Kingdom and the United States were among the opposing States, and China did not participate in the voting. Except for New Zealand and San Marino, there were no other countries in favour of the resolution in the category of West European and Other Countries.

14. *(Conclusion.)* I have thus demonstrated that the "question", which itself appears to me to be inadequate as a request for an advisory opinion of the Court under Article 96 (1) of the Charter of the United Nations (as explained in paragraph 3, above), was drafted without any adequate statement of reasoning in support of any real need to ask the Court to rule on the "legality or illegality" of the "threat or use" (if not the "use or threat of use") of nuclear weapons or, in more general terms, of nuclear weapons themselves. It is certain that the request did not reflect a meaningful consensus of the Member States of the United Nations or even of its Non-Aligned Members.

TABLE I

[Note: The nuclear-weapon States under the NPT are italicized; "R" denotes recorded vote.]

Voting on the 1994 Resolution Requesting the Court's Advisory Opinion

The forty-ninth session (1994)

A/C.1/49/L.36: sponsored by: Indonesia (on behalf of the States Members of the United Nations that are members of the Movement of Non-Aligned Countries).

A/RES/49/75 K: adopted on 15 December 1994 by R78-43-38.

For: (78) *[names of States not reproduced]*.

blée générale la substance ou le libellé de la question à poser à la Cour, à savoir: «Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?» Aucun des délégués à la Première Commission n'a posé la question de savoir en quoi consistait la «menace» des armes nucléaires, par rapport à la «menace de l'utilisation» (une expression que l'on trouve dans maintes résolutions de l'ONU), et si la «menace» visait la «possession» ou la «fabrication» d'armes nucléaires, ainsi que la question du sens à donner à l'expression «en toute circonstance». Il demeure cependant que le projet de résolution indonésien a été adopté à la majorité à la Première Commission.

13. *(Séance plénière de l'Assemblée générale.)* Le projet de résolution adopté par la Première Commission le 7 décembre 1994 par 77 voix contre 33, avec 21 abstentions (comme indiqué ci-dessus au paragraphe 11) a été examiné en séance plénière le 15 décembre 1994 et adopté à l'issue d'un vote enregistré par 78 voix contre 43, avec 38 abstentions, en tant que résolution 49/75 K (voir ci-après tableau I). Les Etats-Unis, la France, le Royaume-Uni et la Russie figuraient parmi les Etats ayant voté contre l'adoption, et la Chine n'a pas pris part au vote. A l'exception de la Nouvelle-Zélande et de Saint-Marin, aucun pays du groupe des Etats d'Europe occidentale et autres Etats n'a voté en faveur de la résolution.

14. *(Conclusion.)* J'ai ainsi établi que la «question», qui me paraît elle-même inadéquate en tant que demande d'avis consultatif à la Cour en application du paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies (comme expliqué ci-dessus au paragraphe 3), a été rédigée sans être accompagnée d'un exposé des motifs approprié qui démontre qu'il était vraiment nécessaire de demander à la Cour de se prononcer sur «la licéité ou l'illicéité» de «la menace ou de l'emploi» (voire de «l'utilisation ou de la menace de l'utilisation») d'armes nucléaires ou, d'une manière plus générale, des armes nucléaires elles-mêmes. Il est certain que la demande ne traduisait pas un consensus significatif des Etats Membres de l'Organisation ni même de ceux d'entre eux qui sont également membres du mouvement des pays non alignés.

TABLEAU I

[Note: Les Etats dotés d'armes nucléaires au sens du traité sur la non-prolifération sont en italiques; la lettre « R » indique un vote enregistré.]

Vote sur la résolution 1994
demandant un avis consultatif à la Cour

Quarante-neuvième session (1994)

A/C.1/49/L.36: projet de résolution ayant pour auteur l'Indonésie (au nom des Etats Membres de l'Organisation qui sont membres également du mouvement des pays non alignés).

A/RES/49/75 K: résolution adoptée le 15 décembre 1994 par R78-43-38.

Votent pour: (78) *[les noms des Etats ne sont pas reproduits]*.

Against: (43) Albania, Andorra, Argentina, Belgium, Benin, Bulgaria, Cambodia, Comoros, Côte d'Ivoire, Czech Republic, Denmark, Djibouti, Estonia, Finland, *France*, Gabon, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Israel, Italy, Latvia, Luxembourg, Malta, Mauritania, Monaco, Netherlands, Poland, Portugal, Republic of Korea, Romania, *Russian Federation*, Senegal, Slovakia, Slovenia, Spain, Tajikistan, The FYR of Macedonia, Turkey, *United Kingdom*, *United States*.

Abstaining: (38) Antigua and Barbuda, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Bahrain, Belarus, Belize, Cameroon, Canada, Central African Republic, Chile, Croatia, Dominica, Eritrea, Ghana, Guinea, Ireland, Jamaica, Japan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Liechtenstein, Lithuania, Maldives, Micronesia (Federated States of), Niger, Norway, Republic of Moldova, Swaziland, Sweden, Togo, Trinidad and Tobago, Tunisia, Turkmenistan, Ukraine, Uzbekistan, Vanuatu.

Note: *China* was absent from the voting.

II. One Aspect of Nuclear Disarmament — the Unsuccessful Efforts over a Long Period to Bring About a Convention "Prohibiting the Use or Threat of Use of Nuclear Weapons under Any Circumstances" as an Immediate Background to the Request to the Court

(1) Declaration on the Non-use or the Prohibition of Nuclear Weapons

15. *(Immediate background of the request.)* While the General Assembly resolution requesting an advisory opinion of the Court was prepared by Indonesia on behalf of the Non-Aligned Movement in 1994, as mentioned in paragraph 9 above, the following circumstances are noted as its immediate background.

The prohibition of the use of nuclear weapons had been an earnest desire of a group of some Member States of the United Nations and had been presented to the General Assembly throughout a long period extending over several decades. A review of the development of the idea of that prohibition in the United Nations General Assembly may reveal the background to resolution 49/75 K and is extremely useful when one evaluates that resolution, despite the Court's opinion, to a part of which I have already referred in paragraph 5 above, which states:

> "once the Assembly has asked, by adopting a resolution, for an advisory opinion on a legal question, the Court, in determining whether there are any compelling reasons for it to refuse to give such an opinion, will not have regard to the origins or to the political history of the request, or to the distribution of votes in respect of the adopted resolution" (Advisory Opinion, para. 16).

16. *(The 1961 Declaration on the prohibition of the use of nuclear weapons.)* The General Assembly in its sixteenth session (1961), when

Votent contre: (43) Albanie, Allemagne, Andorre, Argentine, Belgique, Bénin, Bulgarie, Cambodge, Comores, Côte d'Ivoire, Danemark, Djibouti, Espagne, Estonie, *Etats-Unis*, ex-République yougoslave de Macédoine, *Fédération de Russie*, Finlande, *France*, Gabon, Géorgie, Grèce, Hongrie, Islande, Israël, Italie, Lettonie, Luxembourg, Malte, Mauritanie, Monaco, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, République de Corée, Roumanie, *Royaume-Uni*, Sénégal, Slovaquie, Slovénie, Tadjikistan, Turquie.

S'abstiennent: (38) Antigua-et-Barbuda, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bahreïn, Bélarus, Belize, Cameroun, Canada, Chili, Croatie, Dominique, Erythrée, Ghana, Guinée, Irlande, Jamaïque, Japon, Kazakhstan, Kirghizistan, Liechtenstein, Lituanie, Maldives, Micronésie (Fédération des Etats de), Niger, Norvège, Ouzbékistan, République centrafricaine, République de Moldova, Suède, Swaziland, Togo, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Turkménistan, Ukraine, Vanuatu.

Note: La *Chine* était absente lors du vote.

II. Un aspect du désarmement nucléaire: les efforts déployés en vain durant plusieurs décennies pour aboutir à une convention «interdisant en toutes circonstances le recours ou la menace du recours aux armes nucléaires» qui sont directement à l'origine de la demande d'avis

1) Déclaration sur le non-recours aux armes nucléaires ou l'interdiction des armes nucléaires

15. *(Historique des faits qui sont directement à l'origine de la demande.)* La résolution par laquelle l'Assemblée générale demande un avis consultatif à la Cour a été rédigée par l'Indonésie en 1994 au nom du mouvement des pays non alignés, comme indiqué ci-dessus au paragraphe 9, dans les circonstances suivantes qui en sont directement à l'origine.

L'interdiction de l'emploi des armes nucléaires, qui était souhaitée ardemment par un groupe constitué de certains Etats Membres de l'Organisation, a été proposée à l'Assemblée générale durant plusieurs décennies. L'examen de la façon dont l'idée de l'interdiction a fait son chemin à l'Assemblée générale des Nations Unies doit permettre de dégager l'arrière-plan de la résolution 49/75 K et est extrêmement utile pour évaluer cette résolution, bien que la Cour ait déclaré, dans une partie de son avis dont j'ai déjà fait mention plus haut au paragraphe 5:

> «dès lors que l'Assemblée a demandé un avis consultatif sur une question juridique par la voie d'une résolution qu'elle a adoptée, la Cour ne prendra pas en considération, pour déterminer s'il existe des raisons décisives de refuser de donner cet avis, les origines ou l'histoire politique de la demande, ou la répartition des voix lors de l'adoption de la résolution» (avis consultatif, par. 16).

16. *(La déclaration de 1961 sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires.)* A sa seizième session (1961), lorsqu'elle a adopté la résolu-

passing resolution 1653 (XVI) entitled "Declaration on the prohibition of the use of nuclear and thermo-nuclear weapons", declared that

> "the use of nuclear and thermo-nuclear weapons is . . . a direct violation of the Charter of the United Nations; . . . is contrary to the rules of international law and to the laws of humanity; [and] . . . is a war directed . . . against mankind in general"

and that

> "[a]ny State using nuclear and thermo-nuclear weapons is to be considered as violating the Charter of the United Nations, as acting contrary to the laws of humanity and as committing a crime against mankind and civilization".

This resolution originated from the draft resolution (A/C.1/L.292), sponsored by some 12 States, and introduced by Ethiopia. After it had been subjected to extensive discussion, both for and against, in the First Committee, the Plenary Meeting adopted the part comprising the above-mentioned declaration by a recorded vote of 56 in favour, 19 against, with 26 abstentions. The resolution as a whole, itself comprising the declaration, was adopted by a recorded vote of 55 in favour, 20 against, with 26 abstentions on 24 November 1961 (see below Table II, No. 1).

The resolution, however, did nothing more than request the Secretary-General of the United Nations to consult Member States in order to ascertain the possibility of convening a special conference for signing a convention on the prohibition of the use of nuclear weapons.

17. *(The first special disarmament session.)* Nearly two decades elapsed in which no practical action was taken to implement the 1961 resolution. Being "[a]larmed by the threat to the very survival of mankind posed by the existence of nuclear weapons and the continuing arms race", the General Assembly held in May-June 1978 its first session devoted to disarmament, that is, the Tenth Special Session (*Official Records of the General Assembly, Tenth Special Session, Supplement No. 4*; A/S-10/2). The General Assembly at this first special disarmament session adopted a "Final Document" covering nearly 130 paragraphs including a programme of action, in which it was stated that "[a] convention should be concluded prohibiting the development, production, stockpiling and use of radiological weapons" (*ibid.*, para. 76). Among a number of proposals put forth at this special session for consideration, there was a draft resolution submitted by Ethiopia and India: "Non-use of nuclear weapons and prevention of nuclear war", the intention of which was to have the General Assembly declare that:

> "*(a) The use of nuclear weapons* will be a violation of the Charter of the United Nations and a crime against humanity;

tion 1653 (XVI) intitulée «Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires», l'Assemblée générale a déclaré que:

> «l'emploi d'armes nucléaires et thermonucléaires ... constitue ... une violation directe de la Charte; ... est ... contraire aux règles du droit international et aux lois de l'humanité; [et] ... est une guerre dirigée ... contre l'humanité en général»

et que:

> «[t]out Etat qui emploie des armes nucléaires et thermonucléaires doit être considéré comme violant la Charte des Nations Unies, agissant au mépris des lois de l'humanité et commettant un crime contre l'humanité et la civilisation».

Cette résolution a son origine dans le projet de résolution (A/C.1/L.292), qui a été parrainé par douze Etats et présenté par l'Ethiopie. Après une discussion approfondie, qui avait vu partisans et adversaires exposer leurs arguments à la Première Commission, l'Assemblée plénière a adopté la partie reprenant la déclaration susvisée, à l'issue d'un vote enregistré, par 56 voix contre 19, avec 26 abstentions. L'ensemble de la résolution, qui comprend la déclaration, a été adopté le 24 novembre 1961, à l'issue d'un vote enregistré, par 55 voix contre 20, avec 26 abstentions (voir ci-après tableau II, n° 1).

Toutefois, l'Assemblée générale se bornait dans cette résolution à prier le Secrétaire général de l'Organisation de consulter les gouvernements des Etats Membres afin d'obtenir leurs vues sur la possibilité de convoquer une conférence spéciale pour la signature d'une convention sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires.

17. *(La première session extraordinaire consacrée au désarmement.)* Pendant près de vingt ans, aucune suite concrète n'a été donnée à la résolution de 1961. Se disant «[a]larmée par la menace que représente l'existence d'armes nucléaires et la poursuite de la course aux armements pour la survie même de l'humanité», l'Assemblée générale a tenu en mai-juin 1978 sa première session consacrée au désarmement, en l'occurrence la dixième session extraordinaire (*Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session extraordinaire, supplément n° 4*; A/S-10/2). A cette première session extraordinaire consacrée au désarmement, l'Assemblée générale a adopté un «Document final» de près de cent trente paragraphes comprenant un programme d'action où il est dit qu'«une convention interdisant la mise au point, la fabrication, le stockage et l'utilisation d'armes radiologiques devrait être conclue» (*ibid.*, par. 76). Parmi les propositions qui ont été présentées à cette session extraordinaire pour examen, il y avait un projet de résolution présenté par l'Ethiopie et l'Inde intitulé «Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire», qui visait à obtenir que l'Assemblée générale déclare que:

> «*a) Le recours aux armes nucléaires* constituera une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité;

> *(b) The use of nuclear weapons* should therefore be prohibited, pending nuclear disarmament" (*Official Records of the General Assembly, Tenth Special Session, Supplement No. 4*, para. 125 *(z)*; A/S-10/AC.1/L.11; emphasis added).

In that special session neither this nor any other particular resolution was adopted.

18. *(The 1978 resolution on "Non-use of nuclear weapons and prevention of nuclear war".)* Ever since the thirty-third session (1978), that is, a regular session which was held a few months later, the General Assembly has included on its agenda an item entitled: "Review of the implementation of the recommendations and decisions adopted by the General Assembly at its tenth special session" (the item which has appeared at every session of the General Assembly down to the present day).

A draft resolution (A/C.1/33/L.2), submitted by some 34 States and introduced by India, entitled "Non-use of nuclear weapons and prevention of nuclear war" (which was practically identical to the one submitted by Ethiopia and India at the first special disarmament session, as mentioned in paragraph 17 above) was adopted at the Plenary Meeting on 14 December 1978 by a recorded vote of 103 in favour, 18 against with 18 abstentions as resolution 33/71 B (see below Table II, No. 2).

Under this 1978 resolution, which followed the spirit of the 1961 Declaration, the General Assembly declared that

> "*[t]he use of nuclear weapons* will be a violation of the Charter of the United Nations and a crime against humanity [and] should therefore be *prohibited*, pending nuclear disarmament" (emphasis added)

and requested all States to submit proposals concerning the *non-use* of nuclear weapons and avoidance of nuclear war in order that the question of an international convention on the subject might be discussed at a subsequent session.

It may be noted that the idea of the *prohibition of the use of nuclear weapons* was introduced here for the first time as a part of the declaration in a General Assembly resolution.

19. *(The 1980 and 1981 resolutions.)* Thereafter, and at the thirty-fifth (1980) and the thirty-sixth (1981) sessions, practically identical draft resolutions, including declarations which were similar to the 1978 resolution, prepared by almost the same States (between 20 and 30 in number) were introduced by India and adopted with a similar vote, almost the same countries being against each time and almost the same countries abstaining each time (see below Table II, Nos. 3 and 4).

It should be pointed out, however, that the expression reading the "threat of use" of nuclear weapons and the idea that not only the "use"

b) Le recours aux armes nucléaires doit donc être interdit, en attendant le désarmement nucléaire.» (*Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session extraordinaire, supplément n° 4*, par. 125 *z)*; A/S-10/AC.1/L.11; les italiques sont de moi.)

A cette session extraordinaire, ni ce projet de résolution ni aucun autre projet de résolution particulier n'ont été adoptés.

18. *(La résolution de 1978 intitulée «Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire».)* A partir de sa trente-troisième session (1978), qui était une session ordinaire tenue quelques mois plus tard, l'Assemblée générale a inscrit à son ordre du jour un point intitulé: «Examen de l'application des recommandations et décisions adoptées par l'Assemblée générale à sa dixième session extraordinaire» (depuis lors, ce point a été inscrit à l'ordre du jour de chaque session de l'Assemblée générale).

Un projet de résolution (A/C.1/33/L.2), parrainé par trente-quatre Etats et présenté par l'Inde, intitulé «Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire» (qui était pratiquement identique au projet parrainé par l'Ethiopie et l'Inde à la première session extraordinaire consacrée au désarmement, comme indiqué ci-dessus au paragraphe 17) a été adopté en séance plénière, le 14 décembre 1978, à l'issue d'un vote enregistré, par 103 voix contre 18, avec 18 abstentions, en tant que résolution 33/71 B (voir ci-après tableau II, n° 2).

Dans cette résolution de 1978, qui s'inscrit dans le droit fil de la déclaration de 1961, l'Assemblée générale a déclaré que:

> «*[l]e recours aux armes nucléaires* constituera une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité [et] doit donc être *interdit*, en attendant le désarmement nucléaires» (les italiques sont de moi)

et a prié tous les Etats de présenter des propositions concernant le *non-recours* aux armes nucléaires et la renonciation à la guerre nucléaire, afin que la question d'une convention internationale en la matière puisse être examinée à une session ultérieure.

On notera que c'était la première fois que l'idée de l'*interdiction du recours aux armes nucléaires* était présentée dans le cadre d'une déclaration faisant partie d'une résolution de l'Assemblée générale.

19. *(Les résolutions de 1980 et 1981.)* Par la suite, tant à la trente-cinquième session (1980) qu'à la trente-sixième session (1981), des projets de résolution pratiquement identiques, comprenant des déclarations semblables à la résolution de 1978, qui avaient été élaborés par pratiquement les mêmes Etats (entre vingt et trente), ont été présentés par l'Inde et ont recueilli pratiquement le même nombre de voix, les pays votant contre et les pays s'abstenant étant presque à chaque fois les mêmes (voir ci-après tableau II, n^{os} 3 et 4).

Il faut noter cependant que l'expression «menace de l'utilisation» des armes nucléaires et l'idée que non seulement l'«utilisation», mais aussi,

but also, in parallel, the "threat of use" of nuclear weapons should be prohibited was introduced only in 1980 for the first time. No explanation was given by the sponsoring State nor did any discussion take place in the General Assembly meetings on what would constitute the "threat of use" of nuclear weapons or, more particularly, on whether the "possession" or the "production" of nuclear weapons would constitute a "threat of use".

TABLE II

[Note: The nuclear-weapon States under the NPT are italicized; "R" denotes recorded vote.]

Voting on the United Nations Declarations Relating to the Use of Nuclear Weapons

1. The 1961 "Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons and Thermo-Nuclear Weapons"

The sixteenth session (1961)

A/C.1/L.292 and Add.1-3: sponsored by: (12) Ceylon, Ethiopia, Ghana, Guinea, Indonesia, Liberia, Libya, Nigeria, Somalia, Sudan, Togo, Tunisia.

A/RES/1653 (XVI): adopted on 24 November 1961 by R55-20-26.

For: (55) *USSR [names of other States not reproduced].*

Against: (20) Australia, Belgium, Canada, *China*, Costa Rica, *France*, Greece, Guatemala, Ireland, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Nicaragua, Portugal, South Africa, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (26) Argentina, Austria, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Denmark, Ecuador, El Salvador, Federation of Malaya, Finland, Haiti, Honduras, Iceland, Iran, Israel, Norway, Pakistan, Panama, Paraguay, Peru, Philippines, Sweden, Thailand, Uruguay, Venezuela.

2. The 1978 resolution on "Non-Use of Nuclear Weapons and Prevention of Nuclear War"

The thirty-third session (1978)

A/C.1/33/L.2: sponsored by: (34) Algeria, Argentina, Cyprus, Ethiopia, India, Indonesia, Malaysia, Nigeria and Yugoslavia, with the later addition of Angola, Barbados, Bhutan, Bolivia, Burundi, Colombia, Congo, Cuba, Ecuador, Egypt, Guinea, Jordan, Liberia, Madagascar, Mali, Mauritius, Morocco, Peru, Romania, Senegal, Sri Lanka, Syrian Arab Republic, United Republic of Cameroon, Uruguay, Zaire.

A/RES/33/71 B: adopted on 14 December 1978 by R103-18-18.

For: (103) *China [names of other States not reproduced].*

Against: (18) Australia, Belgium, Canada, Denmark, *France*, Germany (Fed. Rep. of), Greece, Iceland, Ireland, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Turkey, *United Kingdom, United States.*

parallèlement, la «menace de l'utilisation» des armes nucléaires devraient être interdites n'ont été introduites pour la première fois qu'en 1980. L'Etat qui parrainait lesdits projets de résolution n'a pas donné d'explication et il n'y a pas eu de discussion à l'Assemblée générale aux fins de déterminer en quoi consistait la «menace de l'utilisation des armes nucléaires ou, plus précisément, si la «possession» ou la «fabrication» d'armes nucléaires constitueraient une «menace d'utilisation».

TABLEAU II

[Note: Les Etats dotés d'armes nucléaires au sens du traité sur la non-prolifération sont en italiques; la lettre « R » indique un vote enregistré.]

Vote sur les déclarations de l'Assemblée générale ayant trait à l'emploi d'armes nucléaires

1. La « Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires » de 1961

Seizième session (1961)

A/C.1/L.292 et Add. 1-3: projet parrainé par: (12) Ceylan, Ethiopie, Ghana, Guinée, Indonésie, Libéria, Libye, Nigéria, Somalie, Soudan, Togo, Tunisie.

A/RES/1653 (XVI): résolution adoptée le 24 novembre 1961 par R55-20-26.

Votent pour: (55) *URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (20) Afrique du Sud, Australie, Belgique, Canada, *Chine*, Costa Rica, Espagne, *Etats-Unis, France*, Grèce, Guatemala, Irlande, Italie, Luxembourg, Nicaragua, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (26) Argentine, Autriche, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Danemark, El Salvador, Equateur, Fédération de Malaisie, Finlande, Haïti, Honduras, Iran, Islande, Israël, Norvège, Pakistan, Panama, Paraguay, Pérou, Philippines, Suède, Thaïlande, Uruguay, Venezuela.

2. La résolution de 1978 intitulée « Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire »

Trente-troisième session (1978)

A/C.1/33/L.2: projet parrainé par: (34) Algérie, Argentine, Chypre, Ethiopie, Inde, Indonésie, Malaisie, Nigéria et Yougoslavie, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après: Angola, Barbade, Bhoutan, Bolivie, Burundi, Colombie, Congo, Cuba, Egypte, Equateur, Guinée, Jordanie, Libéria, Madagascar, Mali, Maroc, Maurice, Pérou, République-Unie du Cameroun, République arabe syrienne, Roumanie, Sénégal, Sri Lanka, Uruguay, Zaïre.

A/RES/33/71 B: résolution adoptée le 14 décembre 1978 par R103-18-18.

Votent pour: (103) *Chine [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (18) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, *Etats-Unis, France*, Grèce, Irlande, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

Abstaining: (18) Austria, Bulgaria, Byelorussian SSR, Czechoslovakia, El Salvador, Finland, Gabon, German Democratic Republic, Hungary, Israel, Japan, Mongolia, Nicaragua, Poland, Spain, Sweden, Ukrainian SSR, *USSR*.

3. The 1980 resolution on "Non-Use of Nuclear Weapons and Prevention of Nuclear War"

The thirty-fifth session (1980)

A/C.1/35/L.22: sponsored by: (24) Algeria, Angola, Argentina, Congo, Ethiopia, India, Indonesia, Jamaica, Madagascar, Nigeria, Peru, Romania, Sri Lanka, Uruguay, Yugoslavia and Zaire with the later additions of Bhutan, Costa Rica, Cyprus, Ecuador, Egypt, Malaysia, Qatar, Yemen.

A/RES/35/152 D: adopted on 12 December 1980 by R112-19-14.

For: (112) *China [names of other States not reproduced].*

Against: (19) Australia, Belgium, Denmark, *France*, Germany (Fed. Rep. of), Greece, Iceland, Ireland, Israel, Italy, Japan, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (14) Austria, Bulgaria, Byelorussian SSR, Canada, Czechoslovakia, German Democratic Republic, Hungary, Malawi, Mongolia, Poland, Spain, Sweden, Ukrainian SSR, *USSR*.

4. The 1981 resolution on "Non-Use of Nuclear Weapons and Prevention of Nuclear War"

The thirty-sixth session (1981)

A/C.1/36/L.29: sponsored by: (30) Algeria, Argentina, Bahamas, Barbados, Bhutan, Colombia, Cyprus, Ecuador, Egypt, Ethiopia, India, Indonesia, Jamaica, Jordan, Madagascar, Malaysia, Nigeria, Peru, Romania, Yemen, Yugoslavia with the later additions of Bangladesh, Congo, Ghana, Guinea, Mali, Niger, Qatar, Rwanda, Sri Lanka.

A/RES/36/92 I: adopted on 9 December 1981 by R121-19-6.

For: (121) *China, USSR [names of other States not reproduced].*

Against: (19) Australia, Belgium, Canada, Denmark, *France*, Germany (Fed. Rep. of), Iceland, Ireland, Italy, Japan, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (6) Austria, Comoros, Finland, Greece, Israel, Sweden.

(2) The 1982-1995 Resolutions on the Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons

20. *(The second special disarmament session.)* The General Assembly, which was not satisfied with the development of disarmament so far,

S'abstiennent: (18) Autriche, Bulgarie, El Salvador, Espagne, Finlande, Gabon, Hongrie, Israël, Japon, Mongolie, Nicaragua, Pologne, République démocratique allemande, République socialiste soviétique d'Ukraine, République socialiste soviétique de Biélorussie, Suède, Tchécoslovaquie, *URSS*.

3. La résolution de 1980 intitulée « Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire »

Trente-cinquième session (1980)

A/C.1/35/L.22: projet parrainé par: (24) Algérie, Angola, Argentine, Congo, Ethiopie, Inde, Indonésie, Jamaïque, Madagascar, Nigéria, Pérou, Roumanie, Sri Lanka, Uruguay, Yougoslavie et Zaïre, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après: Bhoutan, Chypre, Costa Rica, Egypte, Equateur, Malaisie, Qatar, Yémen.

A/RES/35/152 D: résolution adoptée le 12 décembre 1980 par R112-19-14.

Votent pour: (112) *Chine [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits]*.

Votent contre: (19) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Danemark, *Etats-Unis, France*, Grèce, Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (14) Autriche, Bulgarie, Canada, Espagne, Hongrie, Malawi, Mongolie, Pologne, République démocratique allemande, République socialiste soviétique d'Ukraine, République socialiste soviétique de Biélorussie, Suède, Tchécoslovaquie, *URSS*.

4. La résolution de 1981 intitulée « Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire »

Trente-sixième session (1981)

A/C.1/36/L.29: projet parrainé par: (30) Algérie, Argentine, Bahamas, Barbade, Bhoutan, Chypre, Colombie, Egypte, Equateur, Ethiopie, Inde, Indonésie, Jamaïque, Jordanie, Madagascar, Malaisie, Nigéria, Pérou, Roumanie, Yémen et Yougoslavie, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après: Bangladesh, Congo, Ghana, Guinée, Mali, Niger, Qatar, Rwanda, Sri Lanka.

A/RES/36/92 I: résolution adoptée le 9 décembre 1981 par R121-19-6.

Votent pour: (121) *Chine, URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits]*.

Votent contre: (19) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis, France*, Irlande, Islande, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (6) Autriche, Comores, Finlande, Grèce, Israël, Suède.

2) Les résolutions concernant la convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires adoptées entre 1982 et en 1995

20. *(La deuxième session extraordinaire consacrée au désarmement.)* L'Assemblée générale, qui n'était pas satisfaite des progrès réalisés jus-

held, in June-July 1982, its second session devoted to disarmament, that is, the Twelfth Special Session, and approved the "Report of its *Ad Hoc* Committee" (*Official Records of the General Assembly, Twelfth Special Session, Supplement No. 6*; A/S-12/32) as the "Concluding Document" of that session in which reference was made to a draft resolution proposed by India (among various draft resolutions put forward in that session). The Indian draft read:

> "*The General Assembly*,
>
> . . . . . .
>
> *Decides* to adopt an international convention . . ., *prohibiting the use or threat of use* of nuclear weapons *under any circumstances*, pending nuclear disarmament." (A/S-12/32, para. 20; A/S-12/AC.1/L.4; penultimate and final emphasis added.)

The draft of the "Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons" was annexed to this draft resolution which read:

> "The States Parties to this Convention,
>
> . . . . . .
>
> Convinced that *any use* of nuclear weapons constitutes a violation of the Charter of the United Nations and a crime against humanity,
>
> Convinced that this Convention would be a step towards the complete elimination of nuclear weapons leading to general and complete disarmament under strict and effective international control,
>
> Determined to continue negotiations for the achievement of this goal,
>
> . . . . . .
>
> Article 1. The States Parties to this Convention solemnly undertake *not to use or threaten to use nuclear weapons under any circumstances*." (Emphasis added.)

In fact this draft resolution with the annexed draft of the Convention originally submitted by India at this special disarmament session was subsequently put forward by India during each regular session of the General Assembly from 1982 to 1995, inclusive, as explained below.

21. *(The 1982 resolution on "Convention on the prohibition of the use of nuclear weapons".)* The thirty-seventh session (1982) of the General Assembly which met a few months after the second special disarmament session, that is, in the fall of 1982, included on its agenda item: "Review and implementation of the Concluding Document of the Twelfth Special

que-là en matière de désarmement, a tenu en juin-juillet 1982 sa deuxième session consacrée au désarmement, en l'occurrence la douzième session extraordinaire, et approuvé le rapport de sa commission spéciale (*Documents officiels de l'Assemblée générale, douzième session extraordinaire, supplément n° 6*, A/S-12/32) en tant que «Document de clôture» de cette session où était mentionné un projet de résolution proposé par l'Inde (parmi de nombreux projets de résolution présentés à la session). Le projet était libellé comme suit:

> «*L'Assemblée générale*,
>
> . . . . . .
>
> *Décide* d'adopter une convention internationale ..., *interdisant en toutes circonstances le recours ou la menace du recours* aux armes nucléaires en attendant le désarmement nucléaire.» (A/S-12/32, par. 20; A/S-12/AC.1/L.4; les italiques de la fin de la phrase sont de moi.)

Le projet de «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires» était annexé à ce projet de résolution. Il était libellé comme suit:

> «Les Etats parties à la présente convention,
>
> . . . . . .
>
> Convaincus que *toute forme de l'utilisation* des armes nucléaires constitue une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité,
>
> Convaincus que la présente convention constituerait une étape sur la voie de l'élimination complète des armes nucléaires en vue d'un désarmement général et complet soumis à un contrôle international strict et efficace,
>
> Déterminés à poursuivre les négociations pour atteindre cet objectif,
>
> . . . . . .
>
> Article premier. Les Etats parties à la présente convention s'engagent solennellement *à ne pas utiliser ni menacer d'utiliser les armes nucléaires en aucune circonstance.*» (Les italiques sont de moi.)

En réalité, ce projet de résolution et son annexe — le projet de convention —, qui avaient été soumis initialement par l'Inde à cette session extraordinaire consacrée au désarmement, ont été par la suite proposés par l'Inde à chaque session ordinaire de l'Assemblée générale depuis 1982 jusqu'à 1995, comme cela sera expliqué plus loin.

21. *(La résolution de 1982 intitulée «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires».)* A l'ordre du jour de la trente-septième session (1982) de l'Assemblée générale qui s'est réunie quelques mois après la deuxième session extraordinaire consacrée au désarmement, c'est-à-dire à l'automne 1982, figurait un point intitulé: «Examen et

Session of the General Assembly"[1]. Some twenty States presented a draft resolution (A/C.1/37/L.4), which was introduced by India in the First Committee. This draft resolution, after some minor revisions by the sponsoring States, was adopted by the Plenary Meeting on 13 December 1982 as resolution 37/100 C: "Convention on the prohibition of the use of nuclear weapons" as a result of a recorded vote of 117 in favour, 17 against with 8 abstentions (see below Table III, No. 1).

The resolution read:

> "*The General Assembly*,
>
> *Reaffirming* the declaration that *the use of nuclear weapons* would be a violation of the Charter of the United Nations and a crime against humanity . . .
>
> 1. *Requests* the Committee on Disarmament to undertake, on a priority basis, negotiations with a view to achieving agreement on an international convention prohibiting the *use or threat of use of nuclear weapons under any circumstances*, taking as a basis the text of the annexed draft Convention . . ." (Third and final emphasis added.)

The draft Convention, which had been included in the Indian draft resolution submitted to the second special disarmament session (as quoted in paragraph 20 above) was annexed to this resolution.

The resolution certainly originated in the Indian draft proposal at the second special disarmament session of that year but, unlike that original Indian proposal, which would have led *the General Assembly itself to decide to adopt an international convention*, it requested that *negotiations should be undertaken in the Committee on Disarmament* (known presently as the Conference on Disarmament) in Geneva with a view to achieving agreement on an international convention "prohibiting the use or threat of use of nuclear weapons under any circumstances".

22. *(The phrase "the use or threat of use of nuclear weapons under any circumstances".)* The phrase "*the use or threat of use* of nuclear weapons *under any circumstances*" (emphasis added) was first used in a General Assembly resolution in 1982. However, there was no discussion of the

[1] This agenda item remains until the present day at every session of the General Assembly but with the addition of sub-item "Convention on the prohibition of the use of nuclear weapons: Report of the Committee on Disarmament" from the thirty-eighth session until the forty-second session, inclusive. From the forty-third session the sub-item simply referred to the Convention on the prohibition of the use of nuclear weapons without making any mention of the Report of the Committee on Disarmament.

application du document de clôture de la douzième session extraordinaire de l'Assemblée générale»[1]. Une vingtaine d'Etats ont soumis un projet de résolution (A/C.1/37/L.4), qui a été présenté par l'Inde à la Première Commission. Après que les coauteurs y eurent apporté quelques modifications mineures, le projet de résolution a été adopté en séance plénière le 13 décembre 1982 en tant que résolution 37/100 C intitulée: «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires», à l'issue d'un vote enregistré, par 117 voix contre 17, avec 8 abstentions (voir ci-après tableau III, n° 1).

La résolution est libellée comme suit:

«*L'Assemblée générale*,

Réaffirmant que *le recours aux armes nucléaires* constituerait une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité...

1. *Prie* le comité du désarmement d'entreprendre, en priorité, des négociations en vue de parvenir à un accord sur une convention internationale interdisant *en toutes circonstances l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires*, sur la base du texte du projet de convention ... joint en annexe ...» (Les italiques apparaissant en troisième lieu et à la fin du paragraphe 1 sont de moi.)

Le projet de convention, qui avait été inclus dans le projet de résolution indien soumis à la deuxième session extraordinaire consacrée au désarmement (comme cité ci-dessus au paragraphe 20), était joint à cette résolution.

Il est certain que la résolution a son origine dans le projet de résolution soumis par l'Inde à la deuxième session extraordinaire consacrée au désarmement cette année-là. Mais contrairement à la proposition indienne initiale, qui aurait conduit *l'Assemblée générale elle-même à décider d'adopter une convention internationale*, la résolution demandait que *des négociations soient entreprises au comité du désarmement* (qui a pris depuis le nom de «conférence du désarmement») à Genève en vue de parvenir à un accord sur une convention internationale «interdisant en toutes circonstances l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires».

22. *(L'expression «l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires en toutes circonstances».)* L'expression «*l'utilisation ou la menace de l'utilisation* des armes nucléaires *en toutes circonstances*» (les italiques sont de moi) a été employée pour la première fois dans une réso-

[1] Jusqu'à ce jour, ce point est resté inscrit à l'ordre du jour de chaque session de l'Assemblée générale, mais il a été assorti, de la trente-huitième session à la quarante-deuxième session, d'un point subsidiaire intitulé «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires: rapport de la Commission du désarmement». A partir de la quarante-troisième session, ce point subsidiaire se réfère à la convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires, mais ne mentionne plus le rapport de la Commission du désarmement.

phrase in the General Assembly. Furthermore, that phrase was initially used in the context of a possible prohibition in a future international convention.

It is important to note that the wording of the question in the request presented to the Court that reads: "Is the *threat* or use of nuclear weapons *in any circumstance* permitted under international law?" (emphasis added), which seems to have originated in the phrase used in a 12-year-old (1982) General Assembly resolution, is in fact different in that the question in the 1994 request singles out the "threat" of nuclear weapons and leaves open the possibility that this "threat" — not the "threat of use" — might be interpreted as meaning the "possession" or the "production" of those weapons. It is even more important to note that the phrase "threat of use" in the 1982 resolution was used in a quite different context, as I explained above, namely, with respect to a convention to be agreed upon in future.

23. *(From 1983 to 1995.)* In the thirty-eighth session (1983), the General Assembly, "noting with regret that the Committee on Disarmament, during its session in 1983, was not able to undertake [such] negotiations", reiterated its request to the Conference on Disarmament[2] in Geneva

> "to commence negotiations, as a matter of priority, in order to achieve agreement on an international convention prohibiting the *use or threat of use* of nuclear weapons under any circumstances, taking as a basis the text of [the annexed draft Convention which was identical to that of 1982]"[3] (emphasis added).

In every session of the General Assembly since 1982 until 1995 (thirty-seventh to fiftieth sessions), under the same agenda item as referred to in paragraph 21 above, practically the same States presented practically identical draft resolutions with the attached draft convention which did not change at all during a 14-year period (which draft resolutions were invariably introduced by India) and these draft resolutions were adopted as a result of practically the same voting (see below Table III, Nos. 1-14). In fact, while the number of sponsoring States remained almost steady, the number of States which took a negative position on the resolution increased.

---

[2] From 7 February 1984, the date of commencement of its annual session, the Committee on Disarmament was to be known as the Conference on Disarmament.

[3] The wording "as a matter of policy" was dropped since the forty-ninth session (1994) and the word "possible" was added so that it read "as a possible basis" since the forty-eighth session (1993).

lution de l'Assemblée générale en 1982. Toutefois, cette expression n'a pas fait l'objet d'une discussion à l'Assemblée générale. En outre, elle a été employée initialement dans le contexte d'une interdiction éventuelle à formuler dans une future convention internationale.

Il importe de noter que le libellé de la question faisant l'objet de la demande présentée à la Cour, à savoir: «Est-il permis en droit international de recourir à la *menace* ou à l'emploi d'armes nucléaires *en toute circonstance*?» (les italiques sont de moi), qui semble avoir été repris d'une résolution de l'Assemblée générale datant de douze ans (1982), est en fait différent, en ce que la question faisant l'objet de la demande de 1994 met en évidence la «menace» d'armes nucléaires et laisse intacte la possibilité que ladite «menace» — non pas la «menace de l'emploi» — soit interprétée comme désignant la «possession» ou la «fabrication» de ces armes. Il importe encore davantage de noter que l'expression «menace de l'utilisation» apparaissant dans la résolution de 1982 a été employée dans un contexte tout différent, comme je l'ai expliqué plus haut, c'est-à-dire à propos d'une convention qui devait faire ultérieurement l'objet de négociations.

23. *(De 1983 à 1995.)* A la trente-huitième session (1983), l'Assemblée générale, «notant avec regret que le comité du désarmement, au cours de sa session de 1983, n'a pu entreprendre de [telles] négociations», a réitéré sa demande à la conférence du désarmement[2] à Genève

> «d'entreprendre, en priorité, des négociations en vue de parvenir à un accord sur une convention internationale interdisant en toutes circonstances *l'utilisation ou la menace de l'utilisation* des armes nucléaires, sur la base du texte du [projet de convention joint en annexe, qui était identique à celui de 1982]»[3] (les italiques sont de moi).

A chaque session de l'Assemblée générale depuis 1982 jusqu'à 1995 (trente-septième à cinquantième session), au titre du même point de l'ordre du jour comme indiqué ci-dessus au paragraphe 21, pratiquement les mêmes Etats ont présenté des projets de résolution pratiquement identiques auxquels était joint un projet de convention qui n'a pas changé d'un iota en quatorze ans (on notera que ces projets de résolution ont toujours été présentés par l'Inde), et lesdits projets de résolution ont été adoptés à l'issue d'un vote qui a donné pratiquement les mêmes résultats (voir ci-après tableau III, n^os^ 1-14). En réalité, le nombre des Etats qui parrainaient le projet de résolution est resté pratiquement constant, alors que le nombre des Etats qui votaient contre a augmenté.

[2] A compter du 7 février 1984, date d'ouverture de sa session annuelle, le comité du désarmement a été dénommé «conférence du désarmement».

[3] L'expression «en priorité» a été abandonnée depuis la quarante-neuvième session (1994) et le mot «éventuellement» a été inséré avant les mots «sur la base de» à partir de la quarante-huitième session (1993).

24. *(Repetition of resolutions with the same content.)* The *request* of the General Assembly in New York that the Conference on Disarmament in Geneva should undertake negotiations and the General Assembly's *regret* that the Conference had failed to do so during the previous year, were repeated at every subsequent session down to the fiftieth session (1995) in practically the same wording[4]. The repetition of the same resolutions during this period of over fourteen sessions appears to indicate that the Conference on Disarmament (formerly the Committee on Disarmament) was never able to or never attempted to negotiate to achieve agreement on an international convention "prohibiting the use or threat of use of nuclear weapons under any circumstances". In other words *the cumulation of resolutions have not produced any noticeable effect*.

25. *(Motive behind the request for advisory opinion.)* It appears that the 1994 request for advisory opinion, particularly in view of the drafting of its text referring to "*the threat or use* of nuclear weapons in any circumstance" (emphasis added), was prompted by a group of practically the same States which, since 1982, had been sponsoring the resolutions calling for the conclusion of "an international convention prohibiting the *use or threat of use* of nuclear weapons under any circumstances" (emphasis added) (resolutions referred to below in Table III, Nos. 1-14), without any meaningful discussion on what was meant by the expressions "threat or use of nuclear weapons" or "any circumstances". I consider it likely that the "threat" of nuclear weapons would, in the view of some of those States which sponsored the resolution, comprehend the "production" and the "possession" of nuclear weapons.

Now the request, by purporting to ask whether "the *threat or use* of nuclear weapons [is] in any circumstance *permitted* under international law" (emphasis added), was in fact attempting to secure the Court's endorsement of an alleged legal axiom — the *threat* (which may imply the possession or the production) *or use* of nuclear weapons is *not permitted* under international law *in any circumstance* — in order to produce a breakthrough, thus laterally achieving agreement on the Convention which would establish the illegality of nuclear weapons themselves. It is to me quite clear that this request was prepared and adopted with highly political motives which do not correspond to any genuine legal mandate of a judicial institution. This certainly does not accord with the role that the advisory function of the Court has, in essence, to play under Article 96 (1) of the Charter of the United Nations.

[4] In the resolutions of the forty-eighth and forty-ninth sessions, the preambular part, as quoted in the text, was simplified to read "was not able to undertake negotiations on this subject".

24. *(Des résolutions qui se suivent et qui se ressemblent.)* La *demande* faite par l'Assemblée générale à New York à la conférence du désarmement à Genève d'entreprendre des négociations et le *regret* exprimé par l'Assemblée générale que la conférence n'ait pas engagé de telles négociations pendant l'année écoulée ont été répétés de session en session jusqu'à la cinquantième session (1995) en des termes qui n'ont pratiquement pas changé[4]. Le fait que les mêmes résolutions ont été reproduites pendant cette période s'étendant sur quatorze sessions donne à penser que la conférence du désarmement (l'ex-comité du désarmement) n'a jamais été en mesure ou n'a jamais tenté de négocier pour parvenir à un accord sur une convention internationale «interdisant l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires en toutes circonstances». Autrement dit, *la répétition de telles résolutions ne s'est traduite par aucun effet notable.*

25. *(Mobiles qui sont à l'origine de la demande d'avis consultatif.)* Il apparaît que la demande d'avis consultatif de 1994, surtout si l'on considère son libellé qui se réfère à «*la menace ou à l'emploi* d'armes nucléaires en toute circonstance» (les italiques sont de moi), est due à l'initiative d'un groupe composé pratiquement des mêmes Etats qui, depuis 1982, n'ont cessé de parrainer les résolutions demandant la conclusion d'«une convention internationale interdisant en toutes circonstances *l'utilisation ou la menace de l'utilisation* des armes nucléaires» (les italiques sont de moi) (voir ci-après tableau III, nos 1-14), sans qu'il y ait eu une véritable discussion sur le sens à donner aux expressions «menace ou emploi d'armes nucléaires» et «toute(s) circonstance(s)». Il me paraît vraisemblable qu'aux yeux de certains des Etats qui ont parrainé la résolution la «menace» d'armes nucléaires englobe la «fabrication» et la «possession» d'armes nucléaires.

Or, la demande, dont on prétendait qu'elle portait sur le point de savoir s'il [est] *permis* en droit international de recourir *à la menace ou à l'emploi* d'armes nucléaires en toute circonstance» (les italiques sont de moi), constituait en fait une tentative d'obtenir de la Cour qu'elle fasse sienne un prétendu axiome juridique — il *n'est pas permis* en droit international de recourir à la *menace* (ce qui peut englober la possession ou la fabrication) *ou à l'emploi* d'armes nucléaires *en aucune circonstance* — afin d'ouvrir une brèche et donc d'obtenir par ce biais un accord sur la convention qui établirait l'illicéité des armes nucléaires en tant que telles. Il ne fait aucun doute à mes yeux que cette demande a été rédigée et adoptée à des fins éminemment politiques qui sont étrangères à tout mandat juridique authentique d'une institution judiciaire. Cela n'est certainement pas compatible avec le rôle assigné à la fonction consultative essentielle de la Cour, en application du paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies.

[4] Dans les résolutions des quarante-huitième et quarante-neuvième sessions, le passage du préambule cité dans le texte a été simplifié et se lit comme suit: «n'a pu entreprendre de négociations sur la question».

TABLE III

[Note: The nuclear-weapon States under the NPT are italicized; "R" denotes recorded vote.]

Voting on the 1982-1995 Resolutions on "Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons"

1. The thirty-seventh session (1982)

A/C.1/37/L.4 and Rev.1: sponsored by: (20) Algeria, Argentina, Bahamas, Bangladesh, Bhutan, Congo, Cyprus, Ecuador, Egypt, Ethiopia, Ghana, Guyana, Indonesia, Jamaica, Madagascar, Mali, Nigeria, Romania, Yugoslavia, Zambia.

A/RES/37/100C: adopted on 13 December 1982 by R117-17-8.

For: (117) *China, USSR [names of other States not reproduced].*

Against: (17) Australia, Belgium, Canada, Denmark, *France*, Germany (Fed. Rep. of), Iceland, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (8) Austria, Finland, Greece, Guatemala, Ireland, Israel, Japan, Paraguay.

2. The thirty-eighth session (1983)

A/C.1/38/L.55: sponsored by: (16) Algeria, Argentina, Bahamas, Bangladesh, Bhutan, Congo, Ecuador, Egypt, Ethiopia, India, Indonesia, Madagascar, Nigeria, Romania, Yugoslavia, with the later addition of Viet Nam.

A/RES/38/73G: adopted on 16 December 1983 by R126-17-6.

For: (126) *China, USSR [names of other States not reproduced].*

Against: (17) Australia, Belgium, Canada, Denmark, *France*, Germany (Fed. Rep. of), Iceland, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (6) Austria, Greece, Ireland, Israel, Japan, Philippines.

3. The thirty-ninth session (1984)

A/C.1/39/L.50: sponsored by: (14) Algeria, Argentina, Bahamas, Bangladesh, Bhutan, Ecuador, Egypt, Ethiopia, India, Indonesia, Madagascar, Romania, Viet Nam, Yugoslavia.

A/RES/39/63H: adopted on 12 December 1984 by R128-17-5.

For: (128) *China, USSR [names of other States not reproduced].*

Against: (17) Australia, Belgium, Canada, Denmark, *France*, Germany (Fed. Rep. of), Iceland, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (5) Austria, Greece, Ireland, Israel, Japan.

TABLEAU III

[Note: Les Etats dotés d'armes nucléaires au sens du traité sur la non-prolifération sont en italiques; la lettre « R » indique un vote enregistré.]

Vote des résolutions soumises entre 1982 et 1995 sur la «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires»

1. Trente-septième session (1982)

A/C.1/37/L.4 et Rev.1: projet parrainé par: (20) Algérie, Argentine, Bahamas, Bangladesh, Bhoutan, Chypre, Congo, Egypte, Equateur, Ethiopie, Ghana, Guyana, Indonésie, Jamaïque, Madagascar, Mali, Nigéria, Roumanie, Yougoslavie, Zambie.

A/RES/37/100 C: résolution adoptée le 13 décembre 1982 par R117-17-8.

Votent pour: (117) *Chine, URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis, France*, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (8) Autriche, Finlande, Grèce, Guatemala, Irlande, Israël, Japon, Paraguay.

2. Trente-huitième session (1983)

A/C.1/38/L.55: projet parrainé par: (16) Algérie, Argentine, Bahamas, Bangladesh, Bhoutan, Congo, Egypte, Equateur, Ethiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Nigéria, Roumanie et Yougoslavie, auxquels s'est joint ultérieurement le Viet Nam.

A/RES/38/73 G: résolution adoptée le 16 décembre 1983 par R126-17-6.

Votent pour: (126) *Chine, URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis, France*, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (6) Autriche, Grèce, Irlande, Israël, Japon, Philippines.

3. Trente-neuvième session (1984)

A/C.1/39/L.50: projet parrainé par: (14) Algérie, Argentine, Bahamas, Bangladesh, Bhoutan, Egypte, Equateur, Ethiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Roumanie, Viet Nam, Yougoslavie.

A/RES/39/63 H: résolution adoptée le 12 décembre 1984 par R128-17-5.

Votent pour: (128) *Chine, URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis, France*, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (5) Autriche, Grèce, Irlande, Israël, Japon.

4. The fortieth session (1985)

A/C.1/40/L.26: sponsored by: (15) Algeria, Argentina, Bahamas, Bangladesh, Bhutan, Ecuador, Egypt, Ethiopia, India, Indonesia, Madagascar, Nigeria, Romania, Viet Nam, Yugoslavia.

A/RES/40/151 F: adopted on 16 December 1985 by R126-17-6.

For: (126) *China, USSR [names of other States not reproduced].*

Against: (17) Australia, Belgium, Canada, Denmark, *France*, Germany (Fed. Rep. of), Iceland, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (6) Austria, Greece, Grenada, Ireland, Israel, Japan.

5. The forty-first session (1986)

A/C.1/41/L.49: sponsored by: (13) Algeria, Argentina, Bangladesh, Bhutan, Ecuador, Egypt, Ethiopia, India, Indonesia, Madagascar, Romania, Viet Nam, Yugoslavia.

A/RES/41/60 F: adopted on 3 December 1986 by R132-17-4.

For: (132) *China, USSR [names of other States not reproduced].*

Against: (17) Australia, Belgium, Canada, Denmark, *France*, Germany (Fed. Rep. of), Iceland, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (4) Greece, Ireland, Israel, Japan.

6. The forty-second session (1987)

A/C.1/42/L.28: sponsored by: (13) Algeria, Argentina, Bangladesh, Bhutan, Ecuador, Egypt, Ethiopia, India, Indonesia, Romania, Yugoslavia, with the later additions of Madagascar, Viet Nam.

A/RES/42/39 C: adopted on 30 November 1987 by R135-17-4.

For: (135) *China, USSR [names of other States not reproduced].*

Against: (17) Australia, Belgium, Canada, Denmark, *France*, Germany (Fed. Rep. of), Iceland, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (4) Greece, Ireland, Israel, Japan.

7. The forty-third session (1988)

A/C.1/43/L.55: sponsored by: (14) Algeria, Argentina, Bangladesh, Bhutan, Ecuador, Egypt, Ethiopia, India, Indonesia, Madagascar, Romania, Viet Nam, Yugoslavia, with the later addition of Malaysia.

A/RES/43/76 E: adopted on 7 December 1988 by R133-17-4.

For: (133) *China, USSR [names of other States not reproduced].*

4. Quarantième session (1985)

A/C.1/40/L.26: projet parrainé par: (15) Algérie, Argentine, Bahamas, Bangladesh, Bhoutan, Egypte, Equateur, Ethiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Nigéria, Roumanie, Viet Nam, Yougoslavie.

A/RES/40/151 F: résolution adoptée le 16 décembre 1985 par R126-17-6.

Votent pour: (126) *Chine, URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis, France*, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (6) Autriche, Grèce, Grenade, Irlande, Israël, Japon.

5. Quarante et unième session (1986)

A/C.1/41/L.49: projet parrainé par: (13) Algérie, Argentine, Bangladesh, Bhoutan, Egypte, Equateur, Ethiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Roumanie, Viet Nam, Yougoslavie.

A/RES/41/60 F: résolution adoptée le 3 décembre 1986 par R132-17-4.

Votent pour: (132) *Chine, URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis, France*, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (4) Grèce, Irlande, Israël, Japon.

6. Quarante-deuxième session (1987)

A/C.1/42/L.28: projet parrainé par: (13) Algérie, Argentine, Bangladesh, Bhoutan, Egypte, Equateur, Ethiopie, Inde, Indonésie, Roumanie et Yougoslavie, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après: Madagascar, Viet Nam.

A/RES/42/39 C: résolution adoptée le 30 novembre 1987 par R135-17-4.

Votent pour: (135) *Chine, URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis, France*, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (4) Grèce, Irlande, Israël, Japon.

7. Quarante-troisième session (1988)

A/C.1/43/L.55: projet parrainé par: (14) Algérie, Argentine, Bangladesh, Bhoutan, Egypte, Equateur, Ethiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Roumanie, Viet Nam et Yougoslavie, auxquels s'est jointe par la suite la Malaisie.

A/RES/43/76 E: résolution adoptée le 7 décembre 1988 par R133-17-4

Votent pour: (133) *Chine, URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Against: (17) Australia, Belgium, Canada, Denmark, *France*, Germany (Fed. Rep. of), Iceland, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (4) Greece, Ireland, Israel, Japan.

8. The forty-fourth session (1989)

A/C.1/44/L.39: sponsored by: (12) Algeria, Bangladesh, Bhutan, Ecuador, Egypt, India, Indonesia, Malaysia, Romania, Viet Nam, Yugoslavia, with the later addition of Madagascar.

A/RES/44/117C: adopted on 15 December 1989 by R134-17-4.

For: (134) *China, USSR [names of other States not reproduced].*

Against: (17) Australia, Belgium, Canada, Denmark, *France*, Germany (Fed. Rep. of), Iceland, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (4) Greece, Ireland, Israel, Japan.

9. The forty-fifth session (1990)

A/C.1/45/L.25: sponsored by: (14) Afghanistan, Algeria, Argentina, Bangladesh, Bhutan, Ecuador, Egypt, Ethiopia, India, Indonesia, Madagascar, Malaysia, Viet Nam, Yugoslavia.

A/RES/45/59B: adopted on 4 December 1990 by R125-17-10.

For: (125) *China, USSR [names of other States not reproduced].*

Against: (17) Australia, Belgium, Canada, Denmark, *France*, Germany, Iceland, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (10) Bulgaria, Czechoslovakia, Greece, Hungary, Ireland, Israel, Japan, Liechtenstein, Poland, Romania.

10. The forty-sixth session (1991)

A/C.1/46/L.20: sponsored by: (15) Afghanistan, Algeria, Bangladesh, Bhutan, Ecuador, Egypt, Ethiopia, India, Indonesia, Madagascar, Malaysia, Viet Nam, Yugoslavia, with the later additions of Bolivia, Lao People's Democratic Republic.

A/RES/46/37D: adopted on 6 December 1991 by R122-16-22.

For: (122) *China, USSR [names of other States not reproduced].*

Against: (16) Australia, Belgium, Canada, Denmark, *France*, Germany, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Portugal, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (22) Albania, Argentina, Austria, Bulgaria, Czechoslovakia, Estonia, Finland, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Israel, Japan, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Marshall Islands, Poland, Republic of Korea, Romania, Samoa, Sweden.

Votent contre: (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis, France*, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (4) Grèce, Irlande, Israël, Japon.

8. Quarante-quatrième session (1989)

A/C.1/44/L.39: projet parrainé par: (12) Algérie, Bangladesh, Bhoutan, Egypte, Equateur, Inde, Indonésie, Malaisie, Roumanie, Viet Nam et Yougoslavie, auxquels s'est joint par la suite Madagascar.

A/RES/44/117 C: résolution adoptée le 15 décembre 1989 par R134-17-4.

Votent pour: (134) *Chine, URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (17) Allemagne (République fédérale d'), Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis, France*, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (4) Grèce, Irlande, Israël, Japon.

9. Quarante-cinquième session (1990)

A/C.1/45/L.25: projet parrainé par: (14) Afghanistan, Algérie, Argentine, Bangladesh, Bhoutan, Egypte, Equateur, Ethiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Malaisie, Viet Nam, Yougoslavie.

A/RES/45/59 B: résolution adoptée le 4 décembre 1990 par R125-17-10.

Votent pour: (125) *Chine, URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (17) Allemagne, Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis, France*, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (10) Bulgarie, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Japon, Liechtenstein, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie.

10. Quarante-sixième session (1991)

A/C.1/46/L.20: projet parrainé par: (15) Afghanistan, Algérie, Bangladesh, Bhoutan, Egypte, Equateur, Ethiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Malaisie, Viet Nam et Yougoslavie, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après: Bolivie, République démocratique populaire lao.

A/RES/46/37 D: résolution adoptée le 6 décembre 1991 par R122-16-22.

Votent pour: (122) *Chine, URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (16) Allemagne, Australie, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis, France*, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, *Royaume-Uni*, Turquie.

S'abstiennent: (22) Albanie, Argentine, Autriche, Bulgarie, Estonie, Finlande, Grèce, Hongrie, Iles Marshall, Irlande, Islande, Israël, Japon, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Pologne, République de Corée, Roumanie, Samoa, Suède, Tchécoslovaquie.

11. The forty-seventh session (1992)

A/C.1/47/L.33: sponsored by: (15) Algeria, Bangladesh, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Egypt, Ethiopia, India, Indonesia, Lao People's Democratic Republic, Madagascar, Malaysia, Viet Nam, with the later additions of Bhutan, Democratic People's Republic of Korea.

A/RES/47/53 C: adopted on 9 December 1992 by R126-21-21.

For: (126) *China, USSR [names of other States not reproduced].*

Against: (21) Australia, Belgium, Bulgaria, Canada, Czechoslovakia, Denmark, *France*, Germany, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, Netherlands, New Zealand, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (21) Armenia, Austria, Estonia, Finland, Greece, Ireland, Israel, Japan, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Malta, Marshall Islands, Republic of Korea, Republic of Moldova, Romania, Samoa, San Marino, Slovenia, Solomon Islands, Sweden.

12. The forty-eighth session (1993)

A/C.1/48/L.13 and Rev. 1 and 2: sponsored by: (20) Algeria, Bangladesh, Bhutan, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Democratic People's Republic of Korea, Ecuador, Egypt, Ethiopia, India, Indonesia, Lao People's Democratic Republic, Madagascar, Malaysia, Mexico, Viet Nam, with the later additions of Haiti, Honduras, Sudan.

A/RES/48/76 B: adopted on 16 December 1993 by R120-23-24.

For: (120) *China [names of other States not reproduced].*

Against: (23) Andorra, Belgium, Bulgaria, Canada, Czech Republic, Denmark, Finland, *France*, Germany, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, Monaco, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Slovakia, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (24) Albania, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Estonia, Georgia, Greece, Ireland, Israel, Japan, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Malta, Marshall Islands, New Zealand, Republic of Korea, Republic of Moldova, Romania, *Russian Federation*, Slovenia, Sweden, The FYR of Macedonia.

13. The forty-ninth session (1994)

A/C.1/49/L.31: sponsored by: (20) Bangladesh, Bhutan, Bolivia, Colombia, Democratic People's Republic of Korea, Ecuador, Egypt, Ethiopia, Honduras, India, Indonesia, Lao People's Democratic Republic, Madagascar, Malaysia, Mexico, Myanmar, Sudan, Viet Nam, with the later additions of Costa Rica, Haiti.

A/RES/49/76 E: adopted on 15 December 1994 by R115-24-31.

For: (115) *China [names of other States not reproduced].*

Against: (24) Andorra, Belgium, Canada, Czech Republic, Denmark, Finland, *France*, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, Monaco, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (31) Albania, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Belarus,

11. Quarante-septième session (1992)

A/C.1/47/L.33: projet parrainé par: (15) Algérie, Bangladesh, Bolivie, Costa Rica, Egypte, Equateur, Ethiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Malaisie, République démocratique populaire lao et Viet Nam, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après: Bhoutan, République populaire démocratique de Corée.

A/RES/47/53 C: résolution adoptée le 9 décembre 1992 par R126-21-21.

Votent pour: (126) *Chine, URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (21) Allemagne, Australie, Belgique, Bulgarie, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis, France*, Hongrie, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, *Royaume-Uni*, Tchécoslovaquie, Turquie.

S'abstiennent: (21) Arménie, Autriche, Estonie, Finlande, Grèce, Iles Marshall, Iles Salomon, Irlande, Israël, Japon, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Malte, République de Moldova, République de Corée, Roumanie, Saint-Marin, Samoa, Slovénie, Suède.

12. Quarante-huitième session (1993)

A/C.1/48/L.13 et Rev.1 et 2: projet parrainé par: (20) Algérie, Bangladesh, Bhoutan, Bolivie, Colombie, Costa Rica, Egypte, Equateur, Ethiopie, Inde, Indonésie, Madagascar, Malaisie, Mexique, République populaire démocratique de Corée, République démocratique populaire lao et Viet Nam, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après: Haïti, Honduras, Soudan.

A/RES/48/76 B: résolution adoptée le 16 décembre 1993 par R120-23-24.

Votent pour: (120) *Chine [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (23) Allemagne, Andorre, Belgique, Bulgarie, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis*, Finlande, *France*, Hongrie, Islande, Italie, Luxembourg, Monaco, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, *Royaume-Uni*, Slovaquie, Turquie.

S'abstiennent: (24) Albanie, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, *Fédération de Russie*, Géorgie, Grèce, Iles Marshall, Irlande, Israël, Japon, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Malte, Nouvelle-Zélande, République de Moldova, République de Corée, Roumanie, Slovénie, Suède.

13. Quarante-neuvième session (1994)

A/C.1/49/L.31: projet parrainé par: (20) Bangladesh, Bhoutan, Bolivie, Colombie, Egypte, Equateur, Ethiopie, Honduras, Inde, Indonésie, Madagascar, Malaisie, Mexique, Myanmar, République populaire démocratique de Corée, République démocratique populaire lao, Soudan et Viet Nam, auxquels se sont joints par la suite les pays ci-après: Costa Rica, Haïti.

A/RES/49/76 E: résolution adoptée le 15 décembre 1994 par R115-24-31.

Votent pour: (115) *Chine [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (24) Allemagne, Andorre, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis*, Finlande, *France*, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Luxembourg, Monaco, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, *Royaume-Uni*, Slovaquie, Turquie.

S'abstiennent: (31) Albanie, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Béla-

Bulgaria, Croatia, Estonia, Fiji, Georgia, Ireland, Israel, Japan, Kazakhstan, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Malta, Marshall Islands, Micronesia (Federated States of), New Zealand, Republic of Korea, Republic of Moldova, *Russian Federation*, Samoa, Slovenia, Sweden, Tajikistan, The FYR of Macedonia, Ukraine.

14. The fiftieth session (1995)

A/C.1/50/L.47: sponsored by: (28) Bangladesh, Belize, Bhutan, Bolivia, Botswana, Brunei Darussalam, Colombia, Democratic People's Republic of Korea, Ecuador, Egypt, Ethiopia, Haiti, India, Indonesia, Iran (Islamic Republic of), Kenya, Lao People's Democratic Republic, Madagascar, Malawi, Malaysia, Mexico, Micronesia (Federated States of), Myanmar, Nepal, Nigeria, Philippines, Sudan, Viet Nam.

A/RES/50/71 E: adopted on 12 December 1995 by R108-27-28.

For: (108) *China [names of other States not reproduced].*

Against: (27) Andorra, Belgium, Bulgaria, Canada, Czech Republic, Denmark, Finland, *France*, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Monaco, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Spain, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (28) Afghanistan, Albania, Antigua and Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bahamas, Barbados, Belarus, Croatia, Equatorial Guinea, Estonia, Georgia, Ireland, Israel, Japan, Liechtenstein, Malta, New Zealand, Republic of Korea, Republic of Moldova, *Russian Federation*, Slovenia, Sweden, The FYR of Macedonia, Ukraine, Uzbekistan.

III. Another Aspect of Nuclear Disarmament — Nuclear Disarmament in the Period of the Cold War and the Road to the Conclusion of the Non-Proliferation Treaty

(1) The Nuclear Arms Race and the Control of Nuclear Weapons in the Period of the Cold War; the Emergence of the Non-Proliferation Treaty

(a) *Development of nuclear disarmament*

26. *(Arms race between the United States and the Soviet Union.)* After the success of the first nuclear weapons test by the Soviet Union in 1949 and the first test of hydrogen bombs by the United States in 1952, and even with the participation of France, the United Kingdom and later China in the group of States in possession of nuclear weapons, these weapons remained a source of friction between the United States and the Soviet Union in the post-war period known as the Cold War. However, in parallel to the arms race between them, the United States and the Soviet Union, which were themselves fully aware of the catastrophic effects of nuclear weapons once actually used, recognized that some restraints would be needed.

rus, Bulgarie, Croatie, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, *Fédération de Russie*, Fidji, Géorgie, Iles Marshall, Irlande, Israël, Japon, Kazakhstan, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Malte, Micronésie (Etats fédérés de), Nouvelle-Zélande, République de Moldova, République de Corée, Samoa, Slovénie, Suède, Tadjikistan, Ukraine.

14. Cinquantième session (1995)

A/C.1/50/L.47: projet parrainé par: (28) Bangladesh, Belize, Bhoutan, Bolivie, Botswana, Brunéi Darussalam, Colombie, Egypte, Equateur, Ethiopie, Haïti, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Kenya, Madagascar, Malaisie, Malawi, Mexique, Micronésie (Etats fédérés de), Myanmar, Népal, Nigéria, Philippines, République populaire démocratique de Corée, République démocratique populaire lao, Soudan, Viet Nam.

A/RES/50/71 E: résolution adoptée le 12 décembre 1995 par R108-27-28.

Votent pour: (108) *Chine [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (27) Allemagne, Andorre, Belgique, Bulgarie, Canada, Danemark, Espagne, *Etats-Unis*, Finlande, *France*, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Monaco, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, *Royaume-Uni*, Slovaquie, Turquie.

S'abstiennent: (28) Afghanistan, Albanie, Antigua-et-Barbuda, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Bahamas, Barbade, Bélarus, Croatie, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, *Fédération de Russie*, Géorgie, Guinée équatoriale, Irlande, Israël, Japon, Liechtenstein, Malte, Nouvelle-Zélande, Ouzbékistan, République de Corée, République de Moldova, Slovénie, Suède, Ukraine.

III. Un autre aspect du désarmement nucléaire: le désarmement nucléaire à l'époque de la guerre froide et la voie menant à la conclusion du traité sur la non-prolifération

1) La course aux armes nucléaires et le contrôle des armes nucléaires à l'époque de la guerre froide; l'adoption du traité sur la non-prolifération

a) *Le désarmement nucléaire*

26. *(La course aux armements entre les Etats-Unis et l'Union soviétique.)* Après le succès du premier essai d'armes nucléaires réalisé par l'Union soviétique en 1949 et du premier essai de bombes à hydrogène réalisé par les Etats-Unis en 1952, et bien que la France, le Royaume-Uni et, plus tard, la Chine faisaient partie du groupe des Etats dotés d'armes nucléaires, ces armes n'en devaient pas moins demeurer une source de friction entre les Etats-Unis et l'Union soviétique au cours de la période de l'après-guerre connue sous le nom de guerre froide. Toutefois, parallèlement à la course aux armements à laquelle ils se livraient, les Etats-Unis et l'Union soviétique, qui étaient eux-mêmes pleinement conscients des effets catastrophiques qu'aurait une utilisation effective des armes nucléaires, ont reconnu la nécessité de la soumettre à certaines restrictions.

In their search for the means of achieving restraints on the quantity of strategic nuclear weapons or even the freezing of these weapons, the United States and the Soviet Union made the Joint Statement of Agreed Principles for Disarmament Negotiations (United Nations document A/4879) in 1961. The plan included a gradual process of elimination and suspension of the production of weapons of mass destruction — such as nuclear weapons — and marked the beginning of the negotiation between the two countries of the Strategic Arms Limitation Talks (SALT I) in 1969, which was ended by the conclusion of the 1972 Anti-Ballistic Missile (ABM) Treaty, and was followed by SALT II in 1972. The Treaty on the Limitation of Strategic Offensive Arms (SALT II Treaty) was concluded in 1979 but has never been ratified. Negotiations within the framework of the Strategic Arms Reduction Talks (START) commenced in 1982.

27. *(Committee and later Conference on Disarmament (CD) in Geneva.)* With the agreement of the United States and the Soviet Union and with the endorsement of the United Nations under resolution 1722 (XVI) on "Question of disarmament", the Eighteen-Nations Committee on Disarmament (ENDC) was set up in Geneva in 1961, composed of an equal number of States in each "bloc" — that is, five on each side, together with eight additional non-aligned countries — as a forum for global disarmament. The ENDC became the Conference of the Committee on Disarmament (CCD) with the membership of 26 States (which was increased to 31 in 1975) in 1969, and, pursuant to the decision of the 1978 first special disarmament session of the United Nations General Assembly (the conference being then composed of 40 States, including all five nuclear-weapon States), changed its name to the Committee on Disarmament. This has, since 1984, been in existence as the Conference on Disarmament (CD), an organ of disarmament negotiations.

28. *(Partial Test-Ban Treaty.)* In an international context that included the Cuban missile crisis in October 1962 and with the agreement of the United States and the Soviet Union, the Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water (Partial Test-Ban Treaty (PTBT)), with the United States, the Soviet Union and the United Kingdom as the original parties, was signed in Moscow on 5 August 1963. The signatories agreed:

> "to prohibit, to prevent, and not to carry out any nuclear weapon test explosion, or any other nuclear explosion . . . in the atmosphere; beyond its limits, including outer space; or under water, including territorial waters or high seas" (Art. 1) (United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 480, p. 43).

This treaty was to be of unlimited duration and was open for signature to all States. Ninety-nine States have, as of 1 January 1995, ratified or

Alors qu'ils étaient à la recherche des moyens de parvenir à une limitation, voire à un gel des armes nucléaires stratégiques, les Etats-Unis et l'Union soviétique ont publié la déclaration commune sur les principes convenus pour les négociations relatives au désarmement (document de l'ONU portant la cote A/4879) en 1961. Cette déclaration, qui prévoyait un processus graduel d'élimination et de suspension de la fabrication des armes de destruction massive, comme les armes nucléaires, a marqué le début des négociations entre les deux pays connue sous le nom de «Pourparlers sur la limitation des armes stratégiques» (SALT I) en 1969, qui ont abouti à la conclusion du traité concernant la limitation des systèmes antimissiles balistiques (traité ABM) de 1972 et a été suivie, cette même année, par le traité SALT II. Le traité concernant la limitation des armes stratégiques offensives (SALT II) a été conclu en 1979, mais il n'a jamais été ratifié. Les négociations dans le cadre des pourparlers sur la réduction des armes stratégiques (START) ont commencé en 1982.

27. *(Le comité, puis la conférence du désarmement à Genève.)* Avec l'accord des Etats-Unis et de l'Union soviétique et avec l'approbation donnée par l'Assemblée générale dans sa résolution 1722 (XVI) sur la «Question du désarmement», le comité des dix-huit puissances sur le désarmement a été créé à Genève en 1961. Composé d'un nombre égal d'Etats appartenant à chaque bloc — c'est-à-dire cinq Etats de chacun des deux bloc, auxquels s'ajoutaient huit pays non alignés — le comité était conçu comme un forum pour le désarmement mondial. En 1969, il est devenu la conférence du comité du désarmement (CCD) dont faisaient partie vingt-six Etats (ce nombre a été porté à trente et un en 1975); conformément à la décision de la première session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies consacrée au désarmement en 1978, la CCD, qui se composait alors de quarante Etats, dont les cinq Etats dotés de l'arme nucléaire, a pris le nom de «comité du désarmement», lequel est devenu en 1984 la «conférence du désarmement», organe où sont menées les négociations sur le désarmement.

28. *(Traité sur l'interdiction partielle des essais (nucléaires).)* Dans un contexte international marqué notamment par la crise des missiles de Cuba en octobre 1962, et avec l'accord des Etats-Unis et de l'Union soviétique, le traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau (traité sur l'interdiction partielle des essais (nucléaires)), auquel étaient parties à l'origine les Etats-Unis, l'Union soviétique et le Royaume-Uni, a été signé à Moscou le 5 août 1963. Les signataires se sont engagés

> «à interdire, à empêcher et à s'abstenir d'effectuer toute explosion expérimentale d'arme nucléaire ou toute autre explosion nucléaire ... dans l'atmosphère, au-delà de ses limites, y compris l'espace extra-atmosphérique, ou sous l'eau, y compris les eaux territoriales ou la haute mer...» (article premier) (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 480, p. 93).

Le traité était conclu pour une durée illimitée et était ouvert à la signature de tous les Etats. Au 1er janvier 1995, quatre-vingt-dix-neuf Etats avaient

acceded to it and five have only signed it. The complete banning of all nuclear tests, including underground tests, has still not been finally achieved at this writing, while negotiations on the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty are at present in progress.

29. *(The 1978 first special disarmament session of the United Nations.)* The United Nations General Assembly has from the outset, and with the close collaboration of the ENDC in Geneva, adopted, in parallel with bilateral negotiations between the United States and the Soviet Union related to nuclear weapons, a number of resolutions concerning nuclear weapons, one of which was the 1961 resolution 1653 (XVI) in 1961 concerning the "Declaration on the prohibition of the use of nuclear weapons", to which I referred in paragraph 16 above (see Table I). This 1961 resolution, which met some strong opposition and reservations, has, however, for long been regarded as one of the leading objectives to be achieved for nuclear disarmament and has led to the regular succession of resolutions aiming at the Convention on the prohibition of the use of nuclear weapons which, however, has not yet borne any fruit (see paras. 20-25 above).

Considering the issues of nuclear disarmament as a problem of global peace and security, the first special session devoted to disarmament (Tenth Special Session) of the General Assembly was held in May-June 1978 to lay the foundation of an international disarmament strategy which would aim at a general and complete disarmament under effective international control (cf. para. 17 above).

The Final Document of this special session set out various principles, including the primary responsibility of nuclear-weapon States for nuclear disarmament, the observance of an acceptable balance of mutual responsibilities and obligations for nuclear- and non-nuclear-weapon States, the consideration of proposals designed to secure the avoidance of the use of nuclear weapons and the prevention of nuclear wars, and the non-proliferation of nuclear weapons.

A programme of action in that Final Document indicated that the ultimate goal should be the complete elimination of nuclear weapons and for this purpose it encouraged, among other things, the cessation of nuclear-weapon testing by all States within the framework of an effective nuclear disarmament process, the giving of assurances to non-nuclear-weapon States of their intent to refrain from any use or threat of use of nuclear weapons, and the encouragement of the establishment of nuclear-weapon-free zones on the basis of arrangements freely arrived at among the States of the regions concerned.

In response to this final document of the first special disarmament session, the General Assembly has, since its thirty-third session in 1978, placed the "Review of the implementation of the recommendations and

ratifié le traité ou y avaient adhéré et cinq l'avaient seulement signé. L'interdiction totale de tous les essais nucléaires, y compris les essais souterrains, n'a toujours pas été décidée au moment de la rédaction de la présente note, et des pourparlers sur le traité sur l'interdiction complète des essais nucléaires sont en cours.

29. *(La première session extraordinaire consacrée au désarmement en 1978.)* D'emblée, et en collaboration étroite avec le comité des dix-huit puissances sur le désarmement à Genève, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté, pendant que les Etats-Unis et l'Union soviétique menaient des négociations bilatérales au sujet des armes nucléaires, un certain nombre de résolutions concernant les armes nucléaires, dont la résolution 1653 (XVI) de 1961 concernant la «Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires», dont il a été question ci-dessus au paragraphe 16 (voir tableau I). Cette résolution de 1961, qui a suscité une forte opposition et de nettes réserves, n'en a pas moins été considérée depuis comme un des objectifs majeurs à réaliser en vue du désarmement nucléaire et est à l'origine d'une succession régulière de résolutions préconisant l'adoption de la convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires, sans le moindre succès jusqu'à ce jour (voir ci-dessus par. 20-25).

Partant de l'idée que le désarmement nucléaire doit être envisagé comme un problème lié à la paix et à la sécurité dans le monde, la première session extraordinaire consacrée au désarmement (dixième session extraordinaire) de l'Assemblée générale s'est tenue en mai-juin 1978 en vue de jeter les bases d'une stratégie internationale en matière de désarmement visant à réaliser un désarmement général et complet assorti d'un contrôle international efficace (voir ci-dessus par. 17).

Le document final de cette session extraordinaire énonce différents principes, notamment la responsabilité première qu'assument les Etats dotés d'armes nucléaires vis-à-vis du désarmement nucléaire, la nécessité d'établir un équilibre acceptable entre les responsabilités et les obligations des Etats dotés d'armes nucléaires et ceux qui n'en possèdent pas, la prise en considération de propositions visant à obtenir la renonciation à l'emploi des armes nucléaires et la prévention des guerres nucléaires, ainsi que la non-prolifération des armes nucléaires.

Selon le programme d'action figurant dans ce document final, l'objectif ultime devrait être l'élimination complète des armes nucléaires; à cette fin, il faut notamment encourager tous les Etats à cesser les essais d'armes nucléaires dans le cadre d'un processus efficace de désarmement nucléaire, inciter les Etats dotés d'armes nucléaires à donner l'assurance aux Etats qui n'en possèdent pas qu'ils entendent s'abstenir de toute utilisation ou menace de l'utilisation des armes nucléaires et promouvoir la création de zones exemptes d'armes nucléaires sur la base d'accords librement conclus entre les Etats des régions concernées.

En réponse à ce document final de la première session extraordinaire consacrée au désarmement, l'Assemblée générale a inscrit à son ordre du jour, depuis la trente-troisième session en 1978 jusqu'à aujourd'hui, un

decisions of the tenth special session" on its agenda at every session down to the present day.

30. *(The 1982 second special disarmament session of the General Assembly.)* Although the General Assembly had noted that developments since 1978 had not lived up to the hopes engendered by that special disarmament session, it held the second special disarmament session (the Twelfth Special Session) in 1982 to review the implementation of the recommendations and decisions adopted by the General Assembly at its previous disarmament session in 1978 (cf. para. 20 above). The Concluding Document, that is, the Report of the *Ad hoc* Committee, was adopted at this special disarmament session (A/S-12/32).

Ever since the thirty-seventh session (1982) held late in the same year, the General Assembly has had on its agenda at every session down to the present day an item entitled "Review and implementation of the Concluding Document of the Twelfth Special Session of the General Assembly". Under this agenda item, the General Assembly adopted at its thirty-seventh session (1982) various resolutions concerning nuclear disarmament among which a resolution entitled "Convention on the prohibition of the use of nuclear weapons" was to be noted (as stated in paragraphs 21-22 above). The General Assembly repeated an almost identical resolution from 1982, over a period of fourteen sessions, until 1995 (see para. 23 above). The number of sponsoring States did not increase, but opposition to the resolution grew and abstentions from the voting became more numerous. In fact this resolution had no impact on any occasion when it was passed, so that the General Assembly had to repeat at every session its regret that no result had been achieved in the previous year. There has never been any discussion of substance, either at the United Nations in New York or at the Conference on Disarmament in Geneva, in relation to the Convention prohibiting the use or threat of use of nuclear weapons under any circumstances.

(b) *Separation between nuclear-weapon States and non-nuclear-weapon States*

31. *(The Non-Proliferation Treaty.)* In the atmosphere of détente which was brought about by the conclusion in 1963 of the Partial Test-Ban Treaty (PTBT), the United States and the Soviet Union became concerned with the prevention of the proliferation of nuclear weapons beyond those States which already possessed them. The United States and the Soviet Union jointly submitted the draft of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (Non-Proliferation Treaty (NPT)) in July 1968 in Geneva where, with the participation of the non-nuclear-weapon States, the multilateral negotiations had been conducted. The Non-Pro-

point intitulé «Examen de l'application des recommandations et décisions adoptées par l'Assemblée générale à sa dixième session extraordinaire».

30. *(La deuxième session extraordinaire de l'Assemblée générale consacrée au désarmement, 1982.)* Tout en ayant noté que les progrès réalisés depuis 1978 n'avaient pas été à la hauteur des espoirs suscités par cette session extraordinaire consacrée au désarmement, l'Assemblée générale a décidé de tenir la deuxième session extraordinaire consacrée au désarmement (la douzième session extraordinaire) en 1982 aux fins de l'examen de l'application des recommandations et décisions qu'elle avait adoptées à sa précédente session consacrée au désarmement en 1978 (voir ci-dessus par. 20). Le rapport de la commission spéciale a été approuvé en tant que document de clôture à cette session extraordinaire consacrée au désarmement (A/S-12/32).

Depuis sa trente-septième session (1982) jusqu'à aujourd'hui, il y a eu à chaque session de l'Assemblée générale un point de l'ordre du jour intitulé «Examen et application du document de clôture de la douzième session extraordinaire de l'Assemblée générale». Au titre de ce point de son ordre du jour, l'Assemblée générale a adopté à sa trente-septième session (1982) différentes résolutions concernant le désarmement nucléaire, parmi lesquelles il convient de relever une résolution intitulée «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires» (voir ci-dessus par. 21-22). De 1982 à 1995, elle a adopté une résolution pratiquement identique tout au long d'une période s'étendant sur quatorze sessions (voir ci-dessus par. 23). Au fil du temps, le nombre des Etats qui parrainaient la résolution n'a pas augmenté, mais le nombre de ceux qui s'y opposaient et celui des Etats qui s'abstenaient ont crû. En réalité, cette résolution, une fois adoptée, étant restée chaque fois sans effet, l'Assemblée générale a été contrainte à chaque session de noter avec regret qu'aucun progrès n'avait été réalisé au cours de l'année écoulée. Il n'y a jamais eu la moindre discussion de fond, ni à l'Organisation des Nations Unies à New York ni à la conférence du désarmement à Genève, au sujet d'une convention interdisant en toutes circonstances l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires.

b) *Le clivage entre les Etats dotés d'armes nucléaires et les Etats qui n'en détiennent pas*

31. *(Le traité sur la non-prolifération.)* Dans l'atmosphère de détente qui a suivi la conclusion en 1963 du traité sur l'interdiction partielle des essais (nucléaires), les Etats-Unis et l'Union soviétique ont entrepris d'empêcher la prolifération des armes nucléaires dans les Etats autres que ceux qui en étaient déjà dotés. Ils ont présenté conjointement le projet de traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (dénommé aussi traité sur la non-prolifération ou TNP) en juillet 1968, à Genève où les négociations multilatérales avaient été menées, avec la participation des Etats non dotés d'armes nucléaires. Avec l'assentiment des Etats-Unis, de

liferation Treaty, with the agreement of the United States, the Soviet Union and the United Kingdom, was opened to all States for signature in three cities: London, Moscow and Washington (*UNTS*, Vol. 729, p. 161). It became effective on 5 March 1970 after its ratification by all three original member States and the deposit of the instruments of ratification of 40 other signatory States (China and France ratified the Treaty only in 1992).

This Treaty clearly distinguished between, on the one hand, the *nuclear-weapon States*, defined as those which prior to 1 January 1967 had manufactured and exploded a nuclear weapon or other nuclear device, and which would undertake not to transfer nuclear weapons to non-nuclear-weapon States or to assist, encourage or induce any of them to manufacture or acquire nuclear weapons (Art. I), and, on the other hand, the *non-nuclear-weapon States* which would not receive the transfer of nuclear weapons or other nuclear explosive devices and would not manufacture them or otherwise acquire them (Art. II). The Treaty imposed, however, on all the States parties, whether nuclear-weapon States or non-nuclear-weapon States, the obligation to pursue negotiations in good faith with a view to the taking of effective measures relating to the cessation of the nuclear arms race and to nuclear disarmament (Art. VI). It is also to be noted that, at the First Special Disarmament Session of the General Assembly in 1978, the five nuclear-weapon States gave assurances to the non-nuclear-weapon States which were parties to the Treaty, undertaking not to use nuclear weapons against them.

The balance of power, as far as nuclear weapons are concerned, would be maintained between the nuclear-weapon and the non-nuclear-weapon States by this seemingly unequal treaty, which in fact reflected the reality of the international relations in the 1970s and 1980s. Up to the end of 1979, 111 States had become parties to the Treaty and at the end of 1989, 138 States were parties. To date, the Treaty has received 182 ratifications.

Twenty-five years after the entry into force of that Treaty, in 1995, a Conference was to be convened to decide, by a majority of the parties to it, whether the Treaty should continue in force indefinitely or should be extended for an additional fixed period or periods (Art. X (2)).

32. *(Nuclear free zone — Treaty of Tlatelolco.)* The Non-Proliferation Treaty recognized the right to any group of States to conclude regional treaties in order to assure the total absence of nuclear weapons in their respective territories (Art. VII).

The Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America (later the words "and the Caribbean" were added) (the Treaty of Tlatelolco) was signed on 14 February 1967 by 14 Latin American States (with 7 additional States signing subsequently) and became effective on 22 April 1968 (*UNTS*, Vol. 634, p. 281). This Treaty is drawn up to be of

l'Union soviétique et du Royaume-Uni, le traité sur la non-prolifération a été ouvert à la signature de tous les Etats dans trois villes, à savoir: Londres, Moscou et Washington (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 729, p. 161). Il est entré en vigueur le 5 mars 1970, après sa ratification par les trois Etats signataires originaux et le dépôt des instruments de ratification de quarante autres Etats signataires (la Chine et la France n'ont ratifié le traité qu'en 1992).

Le traité établit une distinction nette entre, d'une part, les *Etats dotés d'armes nucléaires*, qu'il définit comme étant ceux qui ont fabriqué ou fait exploser une arme nucléaire ou un autre dispositif nucléaire explosif avant le 1er janvier 1967, et qui doivent s'engager à ne pas transférer d'armes nucléaires à des Etats non dotés d'armes nucléaires, et à n'aider, n'encourager ni inciter aucun d'eux à fabriquer ou à acquérir des armes nucléaires (art. I), et, d'autre part, les *Etats non dotés d'armes nucléaires*, qui doivent s'engager à ne pas accepter le transfert d'armes nucléaires ou autres dispositifs explosifs nucléaires, et à ne pas les fabriquer ni les acquérir de quelque autre manière (art. II). Cependant, le traité impose à tous les Etats parties, tant les Etats dotés d'armes nucléaires que les Etats non dotés d'armes nucléaires, l'obligation de poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires et au désarmement nucléaire (art. VI). Il faut noter aussi qu'à la première session extraordinaire de l'Assemblée générale consacrée au désarmement en 1978, les cinq Etats dotés de l'arme nucléaire ont donné des assurances aux Etats non dotés d'armes nucléaires qui étaient parties au traité, en s'engageant à ne pas employer d'armes nucléaires contre eux.

L'équilibre des pouvoirs, en ce qui concerne les armes nucléaires, allait être maintenu entre les Etats dotés d'armes nucléaires et les Etats non dotés d'armes nucléaires par ce traité apparemment inégal, qui traduisait en fait la réalité des relations internationales dans les années soixante-dix et quatre-vingt. A la fin de 1979, cent onze Etats étaient devenus parties au traité, à la fin de 1989, ils étaient cent trente-huit. A ce jour, le traité a été ratifié par cent quatre-vingt-deux Etats.

Vingt-cinq ans après l'entrée en vigueur du traité, en 1995, une conférence devait être convoquée en vue de décider, à la majorité des parties au traité, si celui-ci demeurerait en vigueur pour une durée indéfinie ou serait prorogé pour une ou plusieurs périodes supplémentaires d'une durée déterminée (art. X, par. 2).

32. *(Zone dénucléarisée — Traité de Tlatelolco.)* Le traité sur la non-prolifération reconnaît le droit à un groupe quelconque d'Etats de conclure des traités régionaux de façon à assurer l'absence totale d'armes nucléaires sur leurs territoires respectifs (art. VII).

Le traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine (plus tard, on a ajouté les mots «et dans les Caraïbes») (le traité de Tlatelolco) a été signé le 14 février 1967 par quatorze Etats d'Amérique latine (sept autres Etats l'ont signé par la suite) et est entré en vigueur le 22 avril 1968 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 634, p. 281). Le

a permanent nature and to remain in force indefinitely (Art. 30), and is currently valid among 30 States in the region.

The five nuclear-weapon States would be bound to compliance with this Treaty by their acceptance of Additional Protocol II by which the nuclear-weapon States would "undertake not to use or threaten to use nuclear weapons against the Contracting Parties of the Treaty" (Art. 3). The United Nations General Assembly in its resolutions adopted in successive sessions (resolutions 2286 (XXII), 2456 (XXIII), etc.) welcomed this Treaty with special satisfaction and invited the five nuclear-weapon States to sign and ratify this Additional Protocol, by which they would become bound by the Treaty. In fact, the five nuclear-weapon States had successively signed and ratified Additional Protocol II by the end of the 1970s but accompanied their actions by declarations whereby some attached reservations.

33. *(Treaty of Rarotonga.)* Following the Treaty of Tlatelolco covering the Latin American region, the South Pacific Nuclear Free Zone Treaty (Treaty of Rarotonga) was signed by eight States at the South Pacific forum on 6 August 1985 (with the later addition of one signature), to provide for the abandonment of instruments of nuclear explosion, the prevention of their placement by nuclear-weapon States and the prevention of testing (*UNTS*, Registration No. 24592 of 2 January 1987). This Treaty became effective on 11 December 1986 and is of a permanent nature, remaining in force indefinitely (Art. 13) and currently valid among 12 States in the region.

Protocol 2, which was aimed at securing the agreement of the five nuclear-weapon States "not to use or threaten to use" any nuclear explosive device against the parties to the Treaty (Art. 1), had by 1988 been signed and ratified by China and the Soviet Union, to which instrument they appended respectively some reservations. Signature by France, the United Kingdom and the United States had to wait until March 1996.

(2) Perpetuation of the NPT Régime

(a) *Non-Proliferation Treaty*

34. *(End of the Cold War.)* The collapse of régimes in eastern Europe, which commenced with the destruction of the Berlin Wall in November 1989 and the dissolution of the Soviet Union and which led to the end of the Cold War, had a very strong impact on the question of nuclear weapons at the end of the 1980s and beginning of the 1990s.

35. *(Expectation of the comprehensive test-ban treaty.)* Since the conclusion of the Partial Test-Ban Treaty in 1963, the complete banning of

traité est conçu comme un instrument permanent et doit demeurer en vigueur pour une durée indéfinie (art. 30). Il est actuellement en vigueur entre trente Etats dans la région.

Les cinq Etats dotés de l'arme nucléaire allaient être tenus de se conformer à ce traité du fait de leur acceptation du protocole additionnel II par lequel ils devaient «s'engager à ne recourir ni à l'emploi d'armes nucléaires ni à la menace de leur emploi par les parties contractantes au traité» (art. 3). Dans des résolutions adoptées à des sessions successives (résolution 2286 (XXII), 2456 (XXIII), etc.), l'Assemblée générale des Nations Unies a accueilli le traité avec une satisfaction spéciale et invité les cinq puissances dotées d'armes nucléaires à signer et à ratifier le protocole additionnel II, en vertu duquel elles seraient liées par le traité. En réalité, les cinq puissances dotées d'armes nucléaires avaient, l'une après l'autre, signé et ratifié le protocole additionnel II à la fin des années soixante-dix, mais elles avaient fait à cette occasion des déclarations où certaines d'entre elles assortissaient leurs engagements de réserves.

33. *(Traité de Rarotonga.)* Après le traité de Tlatelolco, qui s'étend à la région de l'Amérique latine, huit Etats (auxquels s'est joint par la suite un neuvième Etat signataire) ont signé le traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud (traité de Rarotonga) le 6 août 1985 au forum du Pacifique Sud. Le traité prévoit la renonciation aux dispositifs explosifs nucléaires et doit empêcher le placement de ceux-ci par des Etats dotés d'armes nucléaires, tout comme il doit empêcher les essais (Nations Unies, *Recueil des traités*, n° 24592 du 2 janvier 1987). Le traité est entré en vigueur le 11 décembre 1986; il a un caractère permanent et doit demeurer en vigueur pour une durée indéfinie (art. 13). Il est actuellement en vigueur entre douze Etats de la région.

Le protocole 2, qui visait à obtenir des cinq Etats dotés de l'arme nucléaire qu'ils s'engagent à «ne pas utiliser ou menacer d'utiliser» un dispositif explosif nucléaire quelconque contre des parties au traité (art. 1), a été signé et ratifié en 1988 par la Chine et l'Union soviétique, qui ont, l'une et l'autre, assorti leurs engagements de réserves. Ce n'est qu'en mars 1996 que la France, le Royaume-Uni et les Etats-Unis ont signé le traité.

2) Perpétuation du régime du TNP

a) *Traité sur la non-prolifération*

34. *(Fin de la guerre froide.)* L'effondrement des régimes d'Europe orientale, qui a commencé avec la chute du mur de Berlin en 1989 et la dissolution de l'Union soviétique, et qui a abouti à la fin de la guerre froide, a eu de profondes répercussions sur la question des armes nucléaires à la fin des années quatre-vingt et au début des années quatre-vingt-dix.

35. *(Attente d'un traité prévoyant l'interdiction complète des essais.)* Depuis la conclusion du traité sur l'interdiction partielle des essais

all nuclear explosion tests has been the most important political task — in Geneva in particular — and it became, with the approach of 1995, a most essential matter for the nuclear-weapon States to achieve the indefinite extension of the Non-Proliferation Treaty, thus perpetuating that Treaty's régime. When the Conference on the Review of the Non-Proliferation Treaty broke down in 1990 due to the conflict concerning the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT), the spotlight fell upon that latter Treaty. The nuclear-weapon States had become aware that, if they were to succeed in bringing about the indefinite extension of the Non-Proliferation Treaty, they would have to give up any planned tests of nuclear weapons.

In 1991 the "Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty" was included for the first time as a consolidated and independent agenda item of the General Assembly and a proposal sponsored by 45 States was adopted on 6 December 1991 by 147 States in favour, 2 against and 4 abstentions, and became the resolution 46/29 entitled "Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty" (see below Table IV, No. 1). The United States and France were against, and China and the United Kingdom abstained. This resolution required all States to do their utmost to achieve the total prohibition of nuclear weapon tests and asked the Conference on Disarmament to proceed with negotiations.

36. *(Negotiations in Geneva.)* The real negotiations in Geneva started in 1992 and late in that year the United Nations General Assembly adopted resolution 47/47 — which was pratically identical to the previous resolution — on 9 December 1992 by 159 votes in favour, 1 against and 4 abstentions (see below Table IV, No. 2). It was noted that, although the United States voted against, France, because of the modification to its national policy, no longer voted against it but abstained. The United States had likewise changed its policy with the start of President Clinton's term of office in January 1993 as well as in consideration of the fact that it would soon be time for the extension of the Non-Proliferation Treaty. Thus, the draft resolution on "Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty" in 1993 was sponsored by 157 States, including the United States, and adopted without being put to the vote as resolution 48/70 (see below Table IV, No. 3).

In fact, through the CTBT negotiations at the Conference on Disarmament in Geneva in 1994 there began to be a real hope that the Treaty could be drafted. At the forty-ninth session of the General Assembly in 1994, the resolution on the same subject, which was sponsored for the first time by all five nuclear-weapon States, was adopted on 15 December 1994, again without being put to the vote, as resolution 49/70. That resolution called upon the participants in the Conference on Disarmament to negotiate intensively as a high priority and to conclude a universal treaty

(nucléaires) en 1963, l'interdiction complète de tous les essais nucléaires constitue l'impératif politique le plus important — à Genève en particulier; à l'approche de 1995, il en est venu à revêtir une importance essentielle aux yeux des Etats dotés d'armes nucléaires dans la perspective d'une prorogation pour une durée indéfinie du traité sur la non-prolifération, donc de la perpétuation du régime institué par ce traité. Après l'échec de la conférence des parties chargée de l'examen du traité sur la non-prolifération en 1990 à la suite du conflit concernant la conclusion du traité d'interdiction complète des essais nucléaires, l'attention s'est portée sur ce dernier traité. Les Etats dotés d'armes nucléaires avaient pris conscience qu'il leur faudrait, pour parvenir à proroger pour une durée indéfinie le traité sur la non-prolifération, renoncer à tout essai envisagé d'armes nucléaires.

En 1991, la question du «traité d'interdiction complète des essais nucléaires» a été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour de l'Assemblée générale en tant que point synthétique et distinct et une proposition parrainée par quarante-cinq Etats a été adoptée le 6 décembre 1991 par 147 voix contre 2, avec 4 abstentions, et est devenue la résolution 46/29 intitulée «Traité d'interdiction complète des essais nucléaires» (voir ci-après tableau IV, n° 1). Les Etats-Unis et la France ont voté contre, tandis que la Chine et le Royaume-Uni s'abstenaient. Dans cette résolution, l'Assemblée générale demandait à tous les Etats de n'épargner aucun effort pour parvenir à l'interdiction complète des essais d'armes nucléaires et demandait à la conférence du désarmement d'engager des négociations.

36. *(Négociations à Genève.)* Les négociations proprement dites ont commencé à Genève en 1992; le 9 décembre 1992, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la résolution 47/47 — qui était pratiquement identique à la résolution précédente — par 159 voix contre 1, avec 4 abstentions (voir ci-après tableau IV, n° 2). On notera que, bien que les Etats-Unis aient voté contre, la France, à la suite d'une modification de sa politique nationale, n'avait pas voté contre mais s'était abstenue. Les Etats-Unis avaient eux aussi modifié leur politique en raison de l'entrée en fonctions du président Clinton en janvier 1993 et du fait qu'il fallait bientôt envisager de proroger le traité sur la non-prolifération. C'est ainsi que le projet de résolution sur le «traité d'interdiction complète des essais nucléaires», qui était parrainé par cent cinquante-sept Etats, dont les Etats-Unis, a été adopté en 1993 sans être mis aux voix en tant que résolution 48/70 (voir ci-après tableau IV, n° 3).

En fait, avec le début des négociations à la conférence du désarmement à Genève en 1994, on s'est pris à espérer que le traité d'interdiction complète des essais nucléaires pourrait être mis au point. A la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, la résolution sur ce point, qui était parrainée pour la première fois par l'ensemble des cinq Etats dotés d'armes nucléaires, a été adoptée le 15 décembre 1994, une fois de plus sans avoir été mise aux voix, en tant que résolution 49/70. Dans celle-ci, l'Assemblée générale priait instamment les Etats participant à la conférence du désar-

for a comprehensive ban of nuclear tests, which would contribute to nuclear disarmament and the prevention of the proliferation of nuclear weapons in all their aspects (see below Table IV, No. 4).

It was stated that, in order to have an effective implementation of Article VI of the Non-Proliferation Treaty, as referred to in paragraph 31 above, the completion by the Conference on Disarmament of the negotiation on the CTBT was expected by no later than 1996. In 1995 the General Assembly at its fiftieth session again adopted resolution 50/65 on "Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty" without its being put to the vote (see below Table IV, No. 5) and the CTBT will, it is hoped, be concluded in 1996.

(b) *Indefinite extension of the Non-Proliferation Treaty*

37. *(Convocation of the conference.)* In spite of the fact that the 1968 Non-Proliferation Treaty has certainly been seen as unequal, the monopoly of nuclear weapons by a limited number of States and the prevention of the proliferation of nuclear weapons beyond those States has for some time been the linchpin of the doctrine of nuclear deterrence. Under this Treaty, a conference would be convened in 1995 to decide whether the treaty should continue in force indefinitely or should be extended for an additional fixed period or periods (Art. X (2)). The General Assembly at its forty-seventh session (1992) adopted by a recorded vote of 168 votes in favour to none against with no abstentions (India later advised the Assembly that it had intended to abstain) resolution 47/52 A by which it took note of the decision of the parties to the Treaty to form the preparatory committee for this 1995 Review and Extension Conference, which would meet in May 1993, and requested the possible assistance of the Secretary-General. Pursuant to the decision of the preparatory committee the Review and Extension Conference was held in April-May 1995 in New York.

38. *(Security assurances given by the nuclear States.)* In order to perpetuate the NPT régime, it was necessary for the nuclear-weapon States to give some assurances to the non-nuclear-weapon States concerning the use of these weapons. Prior to the Conference in April-May 1995, the five nuclear-weapon States proceeded early in April 1995 to make their respective statements, in which they gave security assurances of their intent to refrain from any use of nuclear weapons against the non-nuclear-weapon States that are parties to the Non-Proliferation Treaty. The Security Council in its resolution 984 (1995) on 11 April 1995, which it adopted unanimously, "[took] note with appreciation of the statements" made by the five nuclear-weapon States. The assurances given by the nuclear-weapon States were more or less identical, stating that "[each

mement de négocier activement, en tant que tâche prioritaire, et de conclure un traité universel d'interdiction complète des essais nucléaires qui contribue au désarmement nucléaire et à la prévention de la prolifération des armes nucléaires sous tous ses aspects (voir ci-après tableau IV, n° 4).

On a déclaré que, pour permettre la mise en œuvre effective de l'article VI du traité sur la non-prolifération, dont il a été question ci-dessus au paragraphe 31, les négociations sur le traité d'interdiction complète des essais nucléaires à la conférence du désarmement devaient s'achever au plus tard en 1996. En 1995, l'Assemblée générale à sa cinquantième session a adopté la résolution 50/65 sur le «Traité d'interdiction complète des essais nucléaires», sans qu'elle ait été mise aux voix (voir ci-après tableau IV, n° 5). On espère que le traité sera conclu en 1996.

b) *Prorogation pour une durée indéfinie du traité sur la non-prolifération*

37. *(Convocation de la Conférence.)* Bien que le traité sur la non-prolifération de 1968 ait été certainement considéré comme un traité inégal, le monopole de la détention d'armes nucléaires par un nombre limité d'Etats et la non-prolifération des armes nucléaires en dehors de ceux-ci ont constitué pendant un certain temps le pivot de la doctrine de la dissuasion nucléaire. Aux termes de ce traité, une conférence devait être convoquée en 1995 en vue de décider si le traité demeurerait en vigueur pour une durée indéfinie, ou serait prorogé pour une ou plusieurs périodes supplémentaires d'une durée déterminée (art. X, par. 2). L'Assemblée générale à sa quarante-septième session (1992) a adopté, à l'issue d'un vote enregistré, par 168 voix contre zéro et sans aucune abstention (l'Inde a informé ensuite l'Assemblée qu'elle se serait abstenue) la résolution 47/52 A, par laquelle elle a pris acte de la décision prise par les parties au traité de constituer un comité préparatoire pour cette conférence de 1995 chargée d'examiner le traité et la question de sa prorogation, lequel comité se réunirait en mai 1993, et a prié le Secrétaire général de fournir l'assistance qui pourrait être requise. Conformément à la décision prise par le comité préparatoire, la conférence chargée d'examiner le traité et la question de sa prorogation s'est tenue à New York en avril-mai 1995.

38. *(Garanties de sécurité données par les Etats dotés d'armes nucléaires.)* La perpétuation du régime du TNP exigeait que les Etats dotés d'armes nucléaires donnent certaines garanties aux Etats non dotés d'armes nucléaires concernant l'emploi de ces armes. Avant la tenue de la conférence en avril-mai 1995, chacun des cinq Etats dotés de l'arme nucléaire a fait au début d'avril 1995 une déclaration dans laquelle il donnait aux Etats non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires des garanties de sécurité aux termes desquelles il s'engageait à ne pas employer de telles armes contre ces Etats. Dans sa résolution 984 (1995) du 11 avril 1995, qu'il a adoptée à l'unanimité, le Conseil de sécurité «[a pris] note avec satisfaction des déclarations» faites par les cinq Etats dotés de l'arme nucléaire.

State] will not use nuclear weapons against non-nuclear-weapon States Parties to the NPT" (S/1995/261, the Russian Federation; 262, the United Kingdom; 263, the United States; 264, France) except that China gave the assurance that it would "not . . . be the first to use nuclear weapons at any time or under any circumstances" and that "[it] undertakes not to use or threaten to use nuclear weapons against non-nuclear weapon States or nuclear-weapon free zones at any time or under any circumstances" (S/1995/265). In fact, a similar security assurance had also been given five years previously, in 1990.

39. *(The indefinite extension of the NPT.)* One hundred and seventy-five member States participated and ten non-member States sent observers. The Conference decided that, "the Treaty [should] continue in force indefinitely" (Decision 3) as a majority existed among States parties to the Treaty for its indefinite extension, in accordance with Article X, paragraph 2. The nuclear-weapon States, while looking forward as far as possible to nuclear disarmament and the non-use of nuclear weapons, did not alter their positions. On the other hand the non-nuclear-weapon States, while expressing their appreciation of the efforts made by the nuclear-weapon States to promote nuclear disarmament, were agreed that the nuclear-weapon States, given their privileged status, would continue to remain the only States to hold nuclear weapons. That decision of the Conference was noted by the General Assembly in its resolution 50/70 Q on "1995 Review and extension conference of the parties to the treaty on the non-proliferation of nuclear weapons" on 12 December 1995 by a recorded vote of 161 in favour, none against with the abstension of only India and Israel.

It can, then, be said that the NPT régime has thus been firmly established in the international community.

40. *(Nuclear free zone treaties.)* Following the Treaties of Tlatelolco and Rarotonga, some further treaties have been concluded to expand the non-nuclear weapon zones pursuant to Article VII of the Non-Proliferation Treaty.

In South-East Asia in December 1995 a Treaty of the Non-Nuclear Regions was signed in Bangkok on the occasion of the Conference of the Heads of State of the Association of South-East Asian Nations (ASEAN) by ten States in that area and this Treaty should remain in force indefinitely. The Protocol was opened for signature to the five nuclear-weapon States. It is reported that China and the United States declined to sign the Protocol for the reason that the Treaty covered the exclusive economic zone and the continental shelf in the region.

In Africa, where South Africa gave up its nuclear weapons, the establishment of a nuclear free zone became a reality and the United Nations Gen-

Les garanties données par ceux-ci étaient plus ou moins identiques, chacun des Etats déclarant qu'«il n'utilisera[it] pas d'armes nucléaires contre les Etats non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au TNP» (S/1995/261, Fédération de Russie; 262, Royaume-Uni; 263, Etats-Unis; 264, France). Toutefois, la Chine a déclaré s'engager «à ne jamais avoir recours en premier aux armes nucléaires, quelles que soient les circonstances» et «à n'employer ou menacer d'employer des armes nucléaires contre des Etats non dotés d'armes nucléaires ou des zones exemptes d'armes nucléaires à aucun moment et en aucune circonstance» (S/1995/265). En fait, une garantie de sécurité analogue avait été également donnée cinq ans plus tôt, en 1990.

39. *(La prorogation pour une durée indéfinie du traité sur la non-prolifération.)* La conférence, à laquelle cent soixante-quinze Etats Membres ont participé et à laquelle dix Etats non membres ont envoyé des observateurs, a décidé que «le traité demeurera[it] en vigueur pour une durée indéfinie» (décision 3), étant donné qu'une majorité des Etats parties au traité souhait[ai]ent qu'il soit prorogé pour une durée indéfinie, conformément au paragraphe 2 de l'article X. Les Etats dotés d'armes nucléaires, tout en souhaitant aller le plus loin possible sur la voie du désarmement nucléaire et du non-recours aux armes nucléaires, n'ont pas modifié leurs positions. De leur côté, les Etats non dotés d'armes nucléaires sont convenus, tout en se félicitant des efforts déployés par les Etats dotés d'armes nucléaires pour promouvoir le désarmement nucléaire, que ceux-ci continueraient, vu leur statut privilégié, à être les seuls Etats à détenir des armes nucléaires. L'Assemblée générale a pris acte de la décision de la conférence dans sa résolution 50/70 Q concernant la «conférence de 1995 des parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires chargée d'examiner le traité et la question de sa prorogation», qui a été adoptée le 12 décembre 1995, à l'issue d'un vote enregistré, par 161 voix contre zéro, avec 2 abstentions seulement, celles de l'Inde et d'Israël.

On peut dire, dès lors, que le régime du TNP a été fermement établi au sein de la communauté internationale.

40. *(Traités créant des zones exemptes d'armes nucléaires.)* A la suite de la conclusion des traités de Tlatelolco et Rarotonga, d'autres traités ont été conclus aux fins de créer des zones exemptes d'armes nucléaires, conformément à l'article VII du traité sur la non-prolifération.

En Asie du Sud-Est, un tel traité a été signé à Bangkok en décembre 1995, lors de la conférence des chefs d'Etat de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE), par dix Etats de cette région, et ce traité doit demeurer un vigueur pour une durée indéfinie. Le protocole a été ouvert à la signature des cinq Etats dotés d'armes nucléaires. La Chine et les Etats-Unis auraient refusé de signer le protocole au motif que le traité s'étend à la zone économique exclusive et au plateau continental de la région.

En Afrique, où l'Afrique du Sud a renoncé à ses armes nucléaires, la question de la création d'une zone exempte d'armes nucléaires est à

eral Assembly at its forty-ninth session (1994) adopted resolution 49/138 on "Establishment of an African nuclear-weapon-free zone" requesting the Secretary-General to work in consultation with the Organization of African Unity (OAU) on the text of a treaty on an African Nuclear-Weapon-Free Zone. In June 1995, after the extension of the Non-Proliferation Treaty was decided, the Conference of Heads of States of the OAU adopted the African Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty (the Treaty of Pelindaba) which was signed by 42 African States on 11 April 1996 in Cairo. China, France, the United Kingdom and the United States signed Protocol I at the same time by which they undertook not to use or threaten to use nuclear weapons against the parties to the Treaty. The Treaty is of unlimited duration and should remain in force indefinitely.

41. *(Conclusion.)* One can conclude from the above that, on the one hand, the NPT régime which presupposes the possession of nuclear weapons by the five nuclear-weapon States has been firmly established and that, on the other, they have themselves given security assurances to the non-nuclear weapon States by certain statements they have made in the Security Council. In addition, those nuclear-weapon States, in so far as they adhere to the Protocols appended to the respective nuclear-free zone treaties, are bound not to use or threaten to use nuclear weapons against States parties to those respective treaties.

This reality should not be overlooked. It is most unlikely that those nuclear-weapon States will use those weapons, even among themselves, but the possibility of the use of those weapons cannot be totally excluded in certain special circumstances. That is the meaning of the Non-Proliferation Treaty. It is generally accepted that this NPT régime is a necessary evil in the context of international security, where the doctrine of nuclear deterrence continues to be meaningful and valid.

TABLE IV

[Note: The nuclear-weapon States under the NPT are italicized; "R" denotes recorded vote.]

General Assembly Resolutions on "Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty"

1. The forty-sixth session (1991)

A/C.1/46/L.4: sponsored by: (45) *USSR [names of other States not reproduced]*.

A/RES/46/29: adopted on 6 December 1991 by R147-2-4.

For: (147) *USSR [names of other States not reproduced]*.

Against: (2) *France, United States*.

142

l'ordre du jour et l'Assemblée générale des Nations Unies à sa quarante-neuvième session (1994) a adopté la résolution 49/138 sur la «Création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique» dans laquelle elle prie le Secrétaire général, agissant en consultation avec l'Organisation de l'unité africaine, de mettre au point le texte d'un traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique. En juin 1995, après la décision de proroger le traité sur la non-prolifération, la conférence des chefs d'Etat de l'Organisation de l'unité africaine a adopté le traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique (le traité de Pelindaba), qui a été signé par quarante-deux Etats africains le 11 avril 1996 au Caire. La Chine, les Etats-Unis, la France et le Royaume-Uni ont signé en même temps le protocole I par lequel ils se sont engagés à ne pas employer ou menacer d'employer d'armes nucléaires contre les parties au traité. Celui-ci est conclu pour une durée illimitée et doit rester en vigueur pour une durée indéfinie.

41. *(Conclusion.)* On peut conclure de ce qui précède que, d'une part, le régime du TNP, qui présuppose la possession d'armes nucléaires par les cinq Etats dotés d'armes nucléaires, a été fermement établi et que, d'autre part, ces mêmes Etats ont donné des garanties de sécurité aux Etats non dotés d'armes nucléaires par le biais de certaines déclarations qu'ils ont faites au Conseil de sécurité. En outre, les Etats dotés d'armes nucléaires sont tenus, dans la mesure où ils adhèrent aux protocoles annexés aux traités portant création de zones exemptes d'armes nucléaires, de ne pas employer ou menacer d'employer d'armes nucléaires contre les Etats parties à ces traités respectifs.

C'est là une réalité dont il faut tenir compte. Il est très improbable que les Etats dotés d'armes nucléaires emploieront ces armes, même entre eux, mais on ne peut exclure totalement la possibilité que ces armes soient utilisées dans certaines circonstances particulières. C'est là le sens du traité sur la non-prolifération. On admet généralement que ce régime du TNP est un mal nécessaire dans le contexte de la sécurité internationale, où la doctrine de la dissuasion nucléaire conserve tout son sens et sa validité.

TABLEAU IV

[Note: les Etats dotés d'armes nucléaires au sens du traité sur la non-prolifération sont en italiques; la lettre « R » indique un vote enregistré.]

Résolutions de l'Assemblée générale
sur le «Traité d'interdiction complète des essais nucléaires»

1. Quarante-sixième session (1991)

A/C.1/46/L.4: projet parrainé par: (45) *URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

A/RES/46/29: résolution adoptée le 6 décembre 1991 par R147-2-4.

Votent pour: (147) *URSS [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (2) *Etats-Unis, France.*

Abstaining: (4) *China*, Micronesia (Federated States of), Israel, *United Kingdom*.

2. The forty-seventh session (1992)

A/C.1/47/L.37: sponsored by: (99) *Russian Federation [names of other States not reproduced]*.

A/RES/47/47: adopted on 9 December 1992 by R159-1-4.

For: (159) *Russian Federation [names of other States not reproduced]*.

Against: (1) *United States*.

Abstaining: (4) *China, France*, Israel, *United Kingdom*.

3. The forty-eighth session (1993)

A/C.1/48/L.40: sponsored by: (159) *Russian Federation, United States [names of other States not reproduced]*.

A/RES/48/70: adopted *without a vote* on 16 December 1993.

4. The forty-ninth session (1994)

A/C.1/49/L.22/Rev.1: sponsored by: (87) *China, France, Russian Federation, United Kingdom, United States [names of other States not reproduced]*.

A/RES/49/70: adopted *without a vote* on 15 December 1994.

5. The fiftieth session (1995)

A/C.1/50/L.8/Rev.1: sponsored by: (91) *France, Russian Federation, United Kingdom, United States [names of other States not reproduced]*.

A/RES/50/65: adopted *without a vote* on 12 December 1995.

(3) Significance of the NPT Régime in the Period of the Still Valid Doctrine of Nuclear Deterrence

42. *(Ultimate goal of elimination of nuclear weapons.)* The resolution sponsored and introduced by Japan and entitled "Nuclear disarmament with a view to the ultimate elimination of nuclear weapons" was adopted on 15 December 1994 as resolution 49/75 H at the forty-ninth session (1994) by a recorded vote of 163 in favour, none against and 8 abstentions (see below Table V, No. 1). In that resolution, the General Assembly "urge[d] States not parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons to accede to it at the earliest possible date" and "call[ed] upon the nuclear-weapon States to pursue their efforts for nuclear disarmament with the *ultimate objective of the elimination of nuclear weapons* in the framework of general and complete disarmament" (emphasis added).

After it was determined in May 1995 that the NPT was to be indefinitely extended, the General Assembly at its fiftieth session (1995) adopted on 12 December 1995, by 154 votes in favour, none against and 10 abstentions, resolution 50/70 C (see below Table V, No. 2) by which the General

S'abstiennent: (4) *Chine*, Israël, Micronésie (Etats fédérés de), *Royaume-Uni*.

2. Quarante-septième session (1992)

A/C.1/47/L.37: projet parrainé par: (99) *Fédération de Russie [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits]*.

A/RES/47/47: résolution adoptée le 9 décembre 1992 par R159-1-4.

Votent pour: (159) *Fédération de Russie [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits]*.

Votent contre: (1) *Etats-Unis*.

S'abstiennent: (4) *Chine, France*, Israël, *Royaume-Uni*.

3. Quarante-huitième session (1993)

A/C.1/48/L.40: projet parrainé par: (159) *Etats-Unis, Fédération de Russie [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits]*.

A/RES/48/70: résolution adoptée *sans être mise aux voix* le 16 décembre 1993.

4. Quarante-neuvième session (1994)

A/C.1/49/L.22/Rev.1: projet parrainé par: (87) *Chine, Etats-Unis, Fédération de Russie, France, Royaume-Uni [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits]*.

A/RES/49/70: résolution adoptée *sans être mise aux voix* le 15 décembre 1994.

5. Cinquantième session (1995)

A/C.1/50/L.8/Rev.1: projet parrainé par: (91) *Etats-Unis, Fédération de Russie, France, Royaume-Uni [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits]*.

A/RES/50/65: résolution adoptée *sans être mise aux voix* le 12 décembre 1995.

3) Signification du régime du TNP dans une période où la doctrine de la dissuasion militaire est toujours en vigueur

42. *(Objectif ultime de l'élimination des armes nucléaires.)* La résolution parrainée et présentée par le Japon, intitulée «Désarmement nucléaire en vue de l'élimination définitive des armes nucléaires», a été adoptée le 15 décembre 1994 en tant que résolution 49/75 H à la quarante-neuvième session (1994), à l'issue d'un vote enregistré, par 163 voix contre zéro, avec 8 abstentions (voir ci-après tableau V, n° 1). Dans cette résolution, l'Assemblée générale «exhorte les Etats qui ne sont pas parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires à y adhérer dès que possible» et «invite les Etats dotés d'armes nucléaires à poursuivre leurs efforts visant à aboutir au désarmement nucléaire, avec pour *objectif ultime l'élimination des armes nucléaires* dans le cadre du désarmement général et complet» (les italiques sont de moi).

Après qu'il eut été décidé en mai 1995 de proroger le traité sur la non-prolifération pour une durée indéfinie, l'Assemblée générale à sa cinquantième session (1995) a adopté, le 12 décembre 1995, par 154 voix contre zéro, avec 10 abstentions, la résolution 50/70 C (voir ci-après tableau V,

Assembly "[c]all[ed] for the determined pursuit by the nuclear-weapon States of systematic and progressive efforts to reduce nuclear weapons globally, with the *ultimate goal of eliminating those weapons*, and by all States of general and complete disarmament under strict and effective international control" (emphasis added).

It is to be noted that another resolution similarly entitled "Nuclear disarmament" which proposed "effective nuclear disarmament measures with a view to the total elimination of [nuclear] weapons *within a time-bound framework*" (emphasis added) was adopted on the same day as resolution 50/70 P but met strong opposition as reflected in a recorded vote of 103 in favour, 39 against and 17 absentions (see below Table V, No. 3).

TABLE V

[Note: The nuclear-weapon States under the NPT are italicized; "R" denotes recorded vote.]

General Assembly Resolutions on "Nuclear Disarmament with a View to the Ultimate Elimination of Nuclear Weapons"

1. The forty-ninth session (1994)

A/C.1/49/L.33/Rev.1: Sponsored by: Japan.

A/RES/49/75 H: adopted on 15 December 1994 by R163-0-8.

For: (163) *China, Russian Federation [names of other States not reproduced].*

Against: (0).

Abstaining: (8) Brazil, Cuba, Democratic People's Republic of Korea, *France*, India, Israel, *United Kingdom, United States.*

2. The fiftieth session (1995)

A/C.1/50/L.17/Rev.2: sponsored by: Japan, with the later additions of Australia, Austria, Belgium, Canada, Denmark, Finland, Germany, Iceland, Ireland, Italy, Malta, Netherlands, New Zealand, Norway, Poland, Spain, Sweden, Venezuela.

A/RES/50/70 C: adopted on 12 December 1995 by R154-0-10.

For: (154) *France, Russian Federation, United Kingdom, United States [names of other States not reproduced].*

Against: (0).

Abstaining: (10) Algeria, Brazil, *China*, Cuba, Democratic People's Republic of Korea, India, Iran (Islamic Republic of), Israel, Myanmar, Pakistan.

General Assembly Resolution on "Nuclear Disarmament"

3. The fiftieth session (1995)

A/C.1/50/L.46/Rev.1: sponsored by: (33) Algeria, Angola, Bangladesh, Cambodia, Colombia, Cuba, Democratic People's Republic of Korea, Ecuador, Egypt,

n° 2) par laquelle elle «demande aux Etats dotés d'armes nucléaires d'avoir la volonté d'aller systématiquement et progressivement de l'avant afin de réduire les armements nucléaires dans leur ensemble, *puis de les éliminer*, et à tous les Etats d'avoir la volonté d'œuvrer pour le désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace» (les italiques sont de moi).

On relèvera qu'une autre résolution, intitulée elle aussi «Désarmement nucléaire» et qui proposait des «mesures effectives de désarmement nucléaire en vue de l'élimination totale de ces armes, *selon un calendrier déterminé*» (les italiques sont de moi), a été adoptée le même jour en tant que résolution 50/70 P, mais avec une forte opposition, comme cela s'est traduit dans le vote enregistré, par 103 voix contre 39, avec 17 abstentions (voir ci-après tableau V, n° 3).

TABLEAU V

[Note: Les Etats dotés d'armes nucléaires au sens du traité sur la non-prolifération sont en italiques; la lettre « R » indique un vote enregistré.]

Résolutions de l'Assemblée générale sur le «Désarmement nucléaire en vue de l'élimination définitive des armes nucléaires»

1. Quarante-neuvième session (1994)

A/C.1/49/L.33/Rev.1: projet parrainé par: Japon.

A/RES/49/75 H: résolution adoptée le 15 décembre 1994 par R163-0-8.

Votent pour: (163) *Chine, Fédération de Russie [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: néant.

S'abstiennent: (8) Brésil, Cuba, *Etats-Unis, France,* Inde, Israël, République populaire démocratique de Corée, *Royaume-Uni.*

2. Cinquantième session (1995)

A/C.1/50/L.17/Rev.2: projet parrainé par: Japon, auquel se joindront par la suite les pays ci-après: Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, Finlande, Irlande, Islande, Italie, Malte, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Suède, Venezuela.

A/RES/50/70 C: résolution adoptée le 12 décembre 1995 par R154-0-10.

Votent pour: (154) *Etats-Unis, Fédération de Russie, France, Royaume-Uni [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: néant.

S'abstiennent: (10) Algérie, Brésil, *Chine,* Cuba, Inde, Iran, Israël, Myanmar, Pakistan, République populaire démocratique de Corée.

Résolution de l'Assemblée générale sur le «Désarmement nucléaire»

3. Cinquantième session (1995)

A/C.1/50/L.46/Rev.1: projet parrainé par: (33) Algérie, Angola, Bangladesh, Cambodge, Colombie, Cuba, Egypte, Equateur, Fidji, Ghana, Iles Marshall,

Fiji, Ghana, India, Indonesia, Iran (Islamic Republic of), Iraq, Kenya, Malaysia, Marshall Islands, Mauritius, Mexico, Mongolia, Myanmar, Nigeria, Pakistan, Papua New Guinea, Philippines, Samoa, Sri Lanka, Sudan, Thailand, United Republic of Tanzania, Viet Nam, Zimbabwe.

A/RES/50/70 P: adopted on 12 December 1995 by R106-39-17.

For: (106) *China [names of other States not reproduced].*

Against: (39) Albania, Andorra, Argentina, Austria, Belgium, Bulgaria, Canada, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, *France*, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Israel, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Monaco, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Republic of Moldova, Romania, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey, *United Kingdom, United States.*

Abstaining: (17) Antigua and Barbuda, Armenia, Australia, Azerbaijan, Bahamas, Belarus, Benin, Croatia, Cyprus, Equatorial Guinea, Georgia, Japan, Kazakhstan, New Zealand, Republic of Korea, *Russian Federation*, Ukraine.

IV. Concluding Remarks

(1) Re-examination of the General Assembly's Request for the Court's Advisory Opinion

43. *(Re-examination of the request.)* I have shown, *firstly*, that the request contained in General Assembly resolution 49/75 K and that reads: "Is the threat or use of nuclear weapons permitted in any circumstance under international law?" was, in fact, nothing more than a request to the Court to endorse what, in the view of those that framed it, is a legal axiom that the threat or use of nuclear weapons is *not* permitted under international law in any circumstance, and so cannot be considered as a request for advisory opinion in the real sense as laid down by Article 96 (1) of the Charter of the United Nations.

In the second place, I maintain that the request contains an element of uncertainty as regards the meaning of the phrase "threat or use of nuclear weapons", as opposed to "the use or threat of use of nuclear weapons", and provides no clarification of the concept of "threat", leading one to raise the question of whether or not the possession or the production of nuclear weapons should be included as an object of the request. In my view there was sufficient reason to believe that, in view of the background to the drafting, the absolute illegality of nuclear weapons themselves was in the mind of some States.

Thirdly, as can be seen from the *travaux préparatoires* of the request, the adoption of that resolution was far from representing a consensus of the General Assembly (cf. paras. 6-14 above).

44. *(Standstill of the movement towards an agreement on the convention prohibiting the use of nuclear weapons.)* In the development of

Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Iraq, Kenya, Malaisie, Maurice, Mexique, Mongolie, Myanmar, Nigéria, Pakistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Philippines, République-Unie de Tanzanie, République populaire démocratique de Corée, Samoa, Soudan, Sri Lanka, Thaïlande, Viet Nam, Zimbabwe.

A/RES/50/70 P: résolution adoptée le 12 décembre 1995 par R106-39-17.

Votent pour: (106) *Chine [les noms des autres Etats ne sont pas reproduits].*

Votent contre: (39) Albanie, Allemagne, Andorre, Argentine, Autriche, Belgique, Bulgarie, Canada, Danemark, Espagne, Estonie, *Etats-Unis*, ex-République yougoslave de Macédoine, Finlande, *France*, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Israël, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Monaco, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, République de Moldova, Roumanie, *Royaume-Uni*, Slovaquie, Slovénie, Suède, Turquie.

S'abstiennent: (17) Antigua-et-Barbuda, Arménie, Australie, Azerbaïdjan, Bahamas, Bélarus, Bénin, Chypre, Croatie, *Fédération de Russie*, Géorgie, Guinée équatoriale, Japon, Kazakhstan, Nouvelle-Zélande, République de Corée, Ukraine.

IV. Conclusions

1) Réexamen de la demande d'avis consultatif soumise à la Cour par l'Assemblée générale

43. *(Réexamen de la demande.) En premier lieu*, j'ai montré que la demande contenue dans la résolution 49/75 K de l'Assemblée générale, qui était ainsi libellée: «Est-il permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance?», visait ni plus ni moins, en réalité, qu'à obtenir de la Cour qu'elle entérine ce qui, aux yeux des auteurs de la demande, était un axiome juridique selon lequel la menace ou l'emploi d'armes nucléaires *ne* sont en aucune circonstance permis en droit international, et que, dès lors, on ne se trouve pas vraiment en présence d'une demande d'avis consultatif au sens du paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies.

En deuxième lieu, je soutiens que la demande contient un élément d'incertitude en ce qui concerne le sens de l'expression «menace ou emploi d'armes nucléaires», par rapport à l'expression «l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires», et ne précise pas le sens de la notion de «menace», ce qui amène à se poser la question de savoir si la demande englobe ou non la possession ou la fabrication d'armes nucléaires. Selon moi, il y a de bonnes raisons de penser, compte tenu de l'historique de la demande, que certains Etats entendaient établir l'illicéité absolue des armes nucléaires en tant que telles.

En troisième lieu, comme cela ressort des travaux préparatoires de la demande, l'adoption de cette résolution est loin d'avoir représenté un consensus de l'Assemblée générale (voir ci-dessus par. 6-14).

44. *(Les efforts déployés en vue d'un accord sur la convention interdisant l'utilisation des armes nucléaires marquent le pas.)* L'histoire du

nuclear disarmament in the forum of the United Nations, the movement aiming at the conclusion of a treaty to totally prohibit the "use or threat of use of nuclear weapons" was at a standstill for more than ten years, that is, from 1982 to 1994. Support for such repeated resolutions on disarmament within the United Nations General Assembly in New York did not increase but rather decreased (see above Table III), and the Conference on Disarmament in Geneva made no attempt to respond favourably to those resolutions nor did it commence negotiations in order to achieve agreement on such a convention.

Against the background of that situation, a group of States stimulated by a few NGOs attempted to achieve a breakthrough by obtaining the Court's endorsement of an alleged legal axiom in order to move towards a worldwide anti-nuclear weapons convention. I have no doubt that the request was prepared and drafted — not in order to ascertain the status of existing international law on the subject but to try to promote the total elimination of nuclear weapons — that is to say, with highly *political* motives. This reason, among others, explains why, in 1994, resolution 49/75 K, although passed at the General Assembly with the support of 78 States, did meet with 43 objections while 38 States abstained from the voting.

45. *(The reality of the NPT régime.)* The reality of international society is far removed from the desires expressed by that group of States which supported resolution 49/75 K. In the period of the Cold War, the monopoly of nuclear weapons by five States and the prevention of proliferation beyond that restricted circle, were regarded as essential and indispensable conditions for the maintenance of international peace and security, as proved by the conclusion of the Non-Proliferation Treaty in 1968 which clearly distinguished between the five nuclear-weapon States and the non-nuclear-weapon States. The doctrine, or strategy, of nuclear deterrence, however it may be judged and criticized from different angles and in different ways, was made a basis for the NPT régime which has been legitimized by international law, both conventional and customary, during the past few decades.

The situation has remained unchanged down to the present day, even in the post-Cold War period. The term of the 1968 Non-Proliferation Treaty was extended indefinitely in 1995. In such an international climate in which nuclear disarmament is incomplete and general and complete disarmament chimerical, a total prohibition of these weapons would have been seen as a rejection of the legal basis on which that Treaty was founded. If the total prohibition of nuclear weapons was the driving force behind the request, then the question put under resolution 49/75 K could only have been raised in defiance of the then legitimately existing NPT régime.

désarmement nucléaire au sein de l'Organisation des Nations Unies montre que les efforts déployés en vue de la conclusion d'un traité qui interdirait totalement «l'utilisation ou la menace de l'utilisation des armes nucléaires» ont marqué le pas pendant plus de dix ans, c'est-à-dire de 1982 à 1994. L'appui dont ont bénéficié ces résolutions successives sur le désarmement à l'Assemblée générale des Nations Unies à New York n'a pas crû mais a plutôt diminué (voir ci-dessus tableau III); quant à la conférence du désarmement à Genève, elle ne s'est pas efforcée de donner une suite favorable à ces résolutions et n'a pas engagé de négociations en vue de parvenir à un accord sur une telle convention.

Dans ces circonstances, un groupe d'Etats aiguillonné par une poignée d'organisations non gouvernementales a tenté d'opérer une percée et cherché à obtenir de la Cour qu'elle entérine un prétendu axiome juridique afin d'aller de l'avant vers la conclusion d'une convention mondiale interdisant les armes nucléaires. Il ne fait pas de doute pour moi que la demande a été conçue et rédigée non pas en vue de déterminer l'état du droit international en vigueur à cet égard, mais pour essayer de promouvoir l'élimination totale des armes nucléaires, c'est-à-dire à des fins éminemment *politiques*. Cela explique, entre autres choses, pourquoi en 1994, la résolution 49/75 K, bien qu'elle ait été adoptée à l'Assemblée générale avec l'appui de soixante-dix-huit Etats, s'est heurtée à l'opposition de quarante-trois Etats, tandis que trente-huit Etats s'abstenaient.

45. *(La réalité du régime du TNP.)* La réalité de la société internationale est loin de correspondre aux souhaits exprimés par le groupe des Etats qui ont appuyé la résolution 49/75 K. A l'époque de la guerre froide, on considérait que le monopole des armes nucléaires détenu par cinq Etats et la non-prolifération de ces armes au-delà de ce cercle restreint étaient des conditions essentielles et indispensables au maintien de la paix et de la sécurité internationales, comme l'atteste la conclusion en 1968 du traité sur la non-prolifération qui établit une distinction nette entre les cinq Etats dotés d'armes nucléaires et les Etats non dotés d'armes nucléaires. La doctrine, ou la stratégie, de la dissuasion nucléaire, quel que soit le jugement qu'on porte sur elle et quelles que soient les critiques auxquelles elle se heurte à bien des égards, a été considérée comme la pierre angulaire du régime du TNP, lequel a été légitimé par le droit international, tant conventionnel que coutumier, pendant les dernières décennies.

La situation est demeurée inchangée jusqu'à ce jour, même durant la période qui a suivi la guerre froide. En 1995, le traité sur la non-prolifération de 1968 a été prorogé pour une durée indéfinie. Dans un tel climat international où le désarmement nucléaire est incomplet et où un désarmement général et complet paraît chimérique, l'interdiction totale des armes nucléaires aurait été considérée comme un abandon de la base juridique sur laquelle ce traité se fonde. Si le véritable objectif poursuivi par la demande était l'interdiction totale des armes nucléaires, alors la question posée en application de la résolution 49/75 K ne pouvait avoir été posée qu'au mépris du régime du TNP légitimement en vigueur à ce moment-là.

There is another point which should not be overlooked. As a matter of fact the nuclear-weapon States have tended to undertake not to use or threaten to use nuclear weapons against the States in some specific regions covered by the nuclear-free-zone treaties and these five nuclear-weapon States, early in 1995, gave security assurances through statements made in the Security Council in which they undertook not to use or threaten to use these weapons against the non-nuclear-weapon States. In other words, if legal undertakings are respected, there is little risk of the use of nuclear weapons at present by the five declared nuclear-weapon States. Under such circumstances there was, in 1994, no imminent need to raise the question of the legality or illegality of nuclear weapons.

46. *(Caricature of the advisory procedure.)* In the climate in which the NPT régime was about to be legitimized for an indefinite term, and at a time when there was no probability of the use of nuclear weapons by the five nuclear-weapon States, the General Assembly on the same day, 15 December 1994, was asked, under resolution 49/76 E on a "Convention on the prohibition of the use of nuclear weapons", to request the Conference on Disarmament in Geneva to prepare such a convention (without much expectation of success), and was also asked to adopt two other resolutions under the same agenda item "General and complete disarmament" — one, resolution 49/75 H, aimed at the *ultimate elimination* of nuclear weapons and the other, resolution 49/75 K, requesting from the Court the endorsement of the illegality of nuclear weapons under contemporary international law. This is highly contradictory. There was no need and no rational justification, under the circumstances prevailing in 1994, for the request for advisory opinion by the General Assembly to the Court concerning the legality or illegality of the threat or use of nuclear weapons. This was simply, in my view, a caricature of the advisory procedure.

(2) Role of the Advisory Function and the Discretion of the Court to Decline to Render an Advisory Opinion

47. *(Function of the advisory opinion.)* The International Court of Justice is competent not only to function as a judicial organ but also to give advisory opinions. However, the advisory function is a questionable function of any judicial tribunal and was not exercised by any international tribunal prior to the Permanent Court of International Justice, which first introduced it amidst uncertainty and controversy. The advisory function has now been incorporated into the role of the International Court of Justice in parallel with its contentious function, but continues to be regarded as an exception and to be seen as an incidental function of the Court. This is the reason why, as distinct from the exer-

Un autre point ne doit pas être négligé non plus. Le fait est que les Etats dotés d'armes nucléaires ont été enclins à s'engager à ne pas utiliser ou menacer d'utiliser les armes nucléaires contre les Etats dans certaines régions couvertes par des traités portant création de zones exemptes d'armes nucléaires; au début de 1995, ces cinq Etats dotés d'armes nucléaires ont donné des garanties de sécurité par le biais de déclarations faites devant le Conseil de sécurité dans lesquelles ils se sont engagés à ne pas utiliser ou menacer d'utiliser ces armes contre les Etats non dotés d'armes nucléaires. Autrement dit, si de tels engagement juridiques sont respectés, le risque de voir aujourd'hui les Etats dotés d'armes nucléaires déclarés recourir aux armes nucléaires est minime. Dans de telles circonstances, il ne s'imposait pas d'urgence en 1994 de soulever la question de la licéité ou de l'illicéité des armes nucléaires.

46. *(Caricature de la procédure consultative.)* Dans un climat où le régime du TNP était sur le point d'être légitimé pour une durée indéfinie, et à une époque où il n'était guère probable de voir les cinq Etats dotés d'armes nucléaires employer des armes nucléaires, l'Assemblée générale a été invitée le même jour, le 15 décembre 1994, en application de la résolution 49/76 E sur la «Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires», à demander à la conférence du désarmement à Genève d'élaborer une telle convention (sans beaucoup d'espoir d'aboutir), et également à adopter deux autres résolutions au titre du même point de l'ordre du jour intitulé «Désarmement général et complet», l'une étant la résolution 49/75 H, qui visait à l'*élimination définitive* des armes nucléaires, et l'autre, la résolution 49/75 K, qui demandait à la Cour de confirmer l'illicéité des armes nucléaires au regard du droit international contemporain. Cela est tout à fait contradictoire. Il n'était pas nécessaire et il n'y avait aucune justification rationnelle, dans les conditions existant en 1994, pour que l'Assemblée générale demande un avis consultatif à la Cour concernant la licéité ou l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. J'estime qu'il s'agissait là tout simplement d'une caricature de la procédure consultative.

2) Rôle de la fonction consultative et pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser de donner un avis consultatif

47. *(Fonction de l'avis consultatif.)* La Cour internationale de Justice ne joue pas uniquement un rôle d'organe judiciaire, elle donne également des avis consultatifs. Cependant, la fonction consultative n'est pas une fonction qui va de soi pour quelque tribunal judiciaire que ce soit et aucun tribunal international ne l'avait exercée avant la Cour permanente de Justice internationale qui la exercée pour la première fois dans un climat d'incertitude et de controverse. Aujourd'hui, la fonction consultative a été intégrée au rôle de la Cour internationale de Justice, parallèlement à sa fonction contentieuse, mais elle continue d'être considérée à la manière d'une exception, comme une fonction accessoire de la Cour. Cela

cise of its contentious jurisdiction, the Court has discretion in exercising its advisory function, as stated in Article 65 of the Statute, which provides that "the Court *may* give an advisory opinion . . ." (emphasis added).

48. *(One refusal to render an advisory opinion in the period of the Permanent Court.)* The Permanent Court once declined to give an opinion but not because it exercised its discretionary power in so doing. In the period of the Permanent Court, the advisory function played a relatively important role in settling inter-State disputes (as in contentious cases), and in cases involving an inter-State dispute, the consent of the States in dispute was required for an advisory opinion to be rendered. The *Eastern Carelia* case in 1923 was very important in this respect and was the only case in which the Permanent Court declined to render an advisory opinion. In that case, which was related to the interpretation of a declaration concerning the autonomous status of Eastern Carelia in the 1920 Dorpat Peace Treaty between Finland and Russia, Finland first appealed to the Council of the League of Nations to ask the Court for an advisory opinion. Russia, which was not a member of the League of Nations, opposed that move. Further to proceedings before the Court in which Russia was not represented, the Court, when declining to deliver an advisory opinion, indicated its unwillingness to take the matter any further under the circumstances and invoked a well-established principle of international law to the effect that

> "no State can, without its consent, be compelled to submit its disputes with other States either to mediation or to arbitration, or to any other kind of pacific settlement" (*P.C.I.J., Series B, No. 5*, p. 27).

In all the advisory cases in the period of the Permanent Court which involved inter-State disputes and which followed the *Eastern Carelia* case, the consent of the State concerned was secured in advance or there was at least a guarantee that neither party to the dispute would object to the proceedings. In the circumstances, the precedent of the *Eastern Carelia* case as dealt with by the previous Court is of no relevance to the present case.

49. *(Advisory function in the International Court of Justice.)* Of the 20 advisory opinions that the International Court of Justice has rendered to date, 12 were given in response to requests made pursuant to General Assembly resolutions.

There have been seven cases, all in the early period of the Court, in which it dealt simply with the interpretation of the United Nations Charter itself or with matters concerning the functions of the United Nations, that is, *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of Charter)* (1948); *Reparation for Injuries Suffered in*

explique pourquoi, par opposition à la façon dont elle exerce sa juridiction en matière contentieuse, la Cour exerce sa fonction consultative lorsqu'elle juge bon de le faire, comme cela est précisé à l'article 65 du Statut, lequel dispose que «[l]a Cour *peut* donner un avis consultatif...» (les italiques sont de moi).

48. *(Le seul cas où la Cour permanente de Justice internationale a refusé de donner un avis consultatif.)* La Cour permanente a refusé à une seule occasion de donner un avis, mais a agi ainsi dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. A cette époque, un rôle relativement important était assigné à la fonction consultative en vue du règlement des différends entre les Etats (comme dans les affaires contentieuses); dans les affaires comportant un différend entre des Etats, un avis consultatif ne pouvait être donné que si les Etats intéressés y consentaient. L'affaire de la *Carélie orientale* en 1923 a revêtu une très grande importance à cet égard, car il s'agit du seul cas où la Cour permanente a refusé de donner un avis consultatif. Dans cette affaire, qui portait sur l'interprétation d'une déclaration concernant le statut d'autonomie de la Carélie orientale dans le traité de paix de Dorpat conclu en 1920 entre la Finlande et la Russie, la Finlande s'était adressée au Conseil de la Société des Nations aux fins d'obtenir de lui qu'il demande un avis consultatif à la Cour. La Russie, qui n'était pas membre de la Société des Nations, s'était opposée à cette initiative. A la suite à la procédure engagée devant la Cour où la Russie n'était pas représentée, la Cour a refusé de donner un avis consultatif, en indiquant qu'elle n'était pas disposée à examiner l'affaire plus avant dans ces conditions et en faisant valoir que selon un principe bien établi du droit international:

> «aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement» (*C.P.J.I. série B n° 5*, p. 27).

Après cette affaire de la *Carélie orientale*, chaque fois qu'un avis consultatif à propos d'un différend entre des Etats a été demandé à la Cour permanente, le consentement de l'Etat concerné a été obtenu à l'avance ou l'on était à tout le moins assuré qu'aucune des parties au différend ne s'opposerait à la procédure. On ne saurait en l'espèce invoquer le précédent de l'affaire de la *Carélie orientale* telle qu'elle a été traitée par la Cour permanente.

49. *(La fonction consultative à la Cour internationale de Justice.)* A ce jour, la Cour internationale de Justice a donné vingt avis consultatifs, dont douze l'ont été en réponse à des demandes formulées en application de résolutions de l'Assemblée générale.

Dans sept affaires, qui ont toutes été soumises au début des activités de la Cour, celle-ci n'a eu à connaître que de l'interprétation de la Charte des Nations Unies elle-même ou que de questions relatives aux fonctions de l'Organisation: *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)* (1948); *Réparation des dom-*

the Service of the United Nations (1949); *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* (1950); *Effects of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal* (1954); *Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa* (1955); *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa* (1956); and the case concerning *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)* (1962).

Unlike the previous Court, which dealt mostly with inter-State disputes even in the context of advisory cases, the present Court has on only a few occasions been asked to give an advisory opinion on a matter related to an inter-State dispute, that is, in the cases concerning the *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* (1950) and the *Western Sahara* (1975). On some occasions the Court has dealt with disputes between international organizations and States, such as the *International Status of South West Africa* case (1950) and the *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947* case (1988).

50. *(Legal questions of a general nature.)* In fact, during the life of the present Court, there has only been one case in which a legal question of a general nature was dealt with and that was the one concerning *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1951) in which the meaning of reservations attached to a multilateral convention was questioned. In that case, however, the request to the Court arose from circumstances of practical necessity, and it was asked to focus upon the question of whether

> "the reserving State [can] be regarded as being a party to the [Genocide] Convention while still maintaining its reservation if the reservation is objected to by one or more of the parties to the Convention but not by others" (*I.C.J. Reports 1951*, p. 16)

and to render an opinion on the meaning of the reservation attached to a multilateral convention and, more particularly, on the concrete question of the interpretation and application of the Genocide Convention. This fact makes that case quite different from the present case in which no issues of a practical nature are in dispute and there is no need to specify the legality or illegality of the threat or use of nuclear weapons, as I explained in paragraph 45 above.

51. *(Declining to render an advisory opinion.)* If one looks at this practice, it can be seen that no request for an advisory opinion concerning a legal question of a general nature, where that question is unrelated either to a concrete dispute or to a concrete problem awaiting a practical solution, has ever been submitted to the Court. It is true that the present

mages subis au service des Nations Unies (1949); *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies* (1950); *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnités* (1954); *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain* (1955); *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain* (1956); *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)* (1962).

Contrairement à sa devancière, qui a eu à connaître le plus souvent de différends entre Etats même dans le cadre de demandes d'avis, la Cour actuelle n'a été priée qu'en de rares occasions de donner un avis consultatif dans une affaire ayant trait à un différend entre Etats, à savoir dans les affaires concernant l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (1950) et le *Sahara occidental* (1975). Dans certaines occasions, la Cour a eu à connaître de différends entre des organisations internationales et des Etats, comme dans les affaires du *Statut international du Sud-Ouest africain* (1950) et de l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies* (1988).

50. *(Questions juridiques de caractère général.)* En fait, depuis qu'elle existe, la Cour actuelle n'a eu à examiner qu'en une seule occasion une question juridique de caractère général, en l'occurrence dans l'affaire des *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1951) qui portait sur le sens des réserves formulées à propos d'une convention multilatérale. Mais, en l'espèce, ce sont des considérations d'ordre pratique qui avaient incité à demander à la Cour d'examiner la question de savoir si

> «l'Etat qui a formulé la réserve peut être considéré comme partie à la convention [sur le génocide] aussi longtemps qu'il maintient sa réserve, si une ou plusieurs parties à la convention font une objection à cette réserve, les autres parties n'en faisant pas» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 16)

et de donner un avis sur le sens de la réserve formulée à propos d'une convention multilatérale et, plus particulièrement, sur la question concrète de l'interprétation et de l'application de la convention sur le génocide. Ainsi cette affaire est-elle toute différente de celle que nous examinons ici, où il ne se pose aucune question d'ordre pratique et où il n'y a aucune nécessité de déterminer la licéité ou l'illicéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, comme je l'ai expliqué ci-dessus au paragraphe 45.

51. *(Refus de donner un avis consultatif.)* En examinant la pratique, on constate qu'aucune demande d'avis consultatif concernant une question juridique de caractère général ne présentant aucun lien avec un différend concret ou un problème concret appelant une solution pratique n'a jamais été présentée à la Cour. Il est exact que la Cour actuelle, même si elle a été

Court, even though given a discretionary power to render or to decline to render an advisory opinion, has in the past had no occasion to decline to render an opinion in response to a request from the General Assembly. The fact is however that, in the past, the Court has never received any requests which could reasonably have been refused in the given circumstances. In this connection it is irrelevant to argue, in the present context, that "[t]he Court . . . is mindful that it should not, in principle, refuse to give an advisory opinion" and that "[t]here has been no refusal, based on the discretionary power of the Court, to act upon a request for advisory opinion in the history of the present Court" (Court's Opinion, para. 14).

(3) Conclusions

52. *(Judicial propriety.)* Under the circumstances and considering the discretionary competence of the Court in declining to render an advisory opinion, the Court should, in my view, for the reason of *judicial propriety*, have dismissed the request raised under resolution 49/75 K. Moreover, in the event, it seems to me that the elementary or equivocal conclusions reached by the Court in the present Opinion do not constitute a real response to the request, and I am afraid that this unimpressive result may cause some damage to the Court's credibility.

53. *(Judicial economy.)* In addition, I would like to explain why I consider that the request should have been dismissed in the present case, on account of considerations of *judicial economy*. There are any number of questions which could be brought to the Court as requiring legal interpretation or the application of international law in general terms in fields such as the law of the sea, law of humanitarian and human rights, environmental law, etc. If the Court were to decide to render an opinion — as in the present case — by giving a response to a legal question of a general nature as to whether a specific action would or would not be in conformity with the application of treaty law or of customary law — a question raised in the absence of any practical need — this could in the long run mean that the Court could be seised of a number of hypothetical cases of a general nature and would eventually risk its main function — to settle international disputes on the basis of law — to become a consultative or even a legislative organ.

If the flood-gates were thus opened for any legal question of a general nature which would not require immediate solution, in circumstances where there was no practical dispute or need, then the Court could receive many cases of an academic or intellectual nature with the consequence that it would be the less able to exercise its real function as a judicial institution. I have expressed my concern at an abuse of the right to request an advisory opinion in my separate opinion appended to the Court's Opinion rendered today in response to the request from the World Health Assembly, in terms which I would like to repeat:

dotée du pouvoir discrétionnaire de donner ou de refuser de donner un avis consultatif, n'a jamais eu dans le passé l'occasion de refuser de donner un avis en réponse à une demande de l'Assemblée générale. Il reste que, dans le passé, la Cour n'a jamais reçu de demande à laquelle elle aurait pu raisonnablement refuser de donner suite, compte tenu des circonstances. A cet égard, il est sans intérêt d'arguer en l'espèce que la Cour «garde à l'esprit qu'elle ne devrait pas, en principe, refuser de donner un avis consultatif» et qu'«[a]ucun refus, fondé sur le pouvoir discrétionnaire de la Cour, de donner suite à une demande d'avis consultatif n'a été enregistré dans l'histoire de la présente Cour» (avis consultatif, par. 14).

3) Conclusions

52. *(Opportunité judiciaire.)* Compte tenu des circonstances et du pouvoir discrétionnaire qu'elle a de refuser de donner un avis consultatif, la Cour aurait dû, selon moi, pour des raisons d'*opportunité judiciaire*, rejeter la demande adressée en application de la résolution 49/75 K. De plus, il me semble qu'en l'espèce les conclusions élémentaires ou équivoques formulées par la Cour dans le présent avis ne répondent pas vraiment à la demande, et je crains que ce résultat peu convaincant ne porte atteinte à la crédibilité de la Cour.

53. *(Réserve judiciaire.)* En outre, je voudrais expliquer pourquoi, selon moi, il aurait fallu rejeter la demande en l'espèce pour des raisons de *réserve judiciaire*. Il est toutes sortes de questions qui pourraient être posées à la Cour au motif qu'elles exigeraient une interprétation juridique ou l'application du droit international en des termes généraux dans des domaines comme le droit de la mer, le droit humanitaire et les droits de l'homme, le droit de l'environnement, etc. Si la Cour devait décider de donner un avis — comme en l'espèce — en répondant à une question juridique de caractère général sur le point de savoir si une action donnée serait conforme ou non au droit conventionnel ou au droit coutumier — la question étant soulevée en l'absence de toute nécessité pratique —, il pourrait en résulter à long terme que la Cour soit saisie d'un certain nombre de cas hypothétiques de caractère général, ce qui risquerait de compromettre en fin de compte sa fonction essentielle, qui est de régler des différends internationaux sur la base du droit, et de faire de la Cour un organe consultatif, voire législatif.

Ainsi donc, si l'on devait laisser toute latitude de poser n'importe quelle question juridique de caractère général n'appelant pas de solution immédiate, dans des circonstances où il n'y a pas de différend ou de nécessité pratique, la Cour risquerait d'être submergée sous un flot d'affaires de caractère théorique ou intellectuel, ce qui réduirait d'autant sa capacité d'exercer sa vraie fonction en tant qu'institution judiciaire. Dans mon opinion individuelle jointe à l'avis rendu par la Cour en réponse à la demande de l'Assemblée mondiale de la Santé, j'ai exprimé la crainte qu'il puisse être fait un mauvais usage du droit de demander un avis consultatif, dans des termes que j'aimerais reprendre ici:

> "I am personally very much afraid that if encouragement is given or invitations are extended for a greater use of the advisory function of the Court — as has recently been advocated on more than one occasion by some authorities — it may well be seised of more requests for advisory opinions which may in essence be unnecessary and over-simplistic. I firmly believe that the International Court of Justice should primarily function as a judicial institution to provide solutions to inter-State disputes of a contentious nature and should neither be expected to act as a legislature (although new developments in international law may well be achieved through the jurisprudence of the Court) or to function as an organ giving legal advice (except that the Court may give opinions on legal questions which arise within the scope of activities of the authorized international organizations) in circumstances in which there is no conflict or dispute concerning legal questions between States or between States and international organizations." (*Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 89, para. 3.)

54. *(My personal appeal.)* In concluding this exposition of my position against the Court's rendering an opinion in the present case, I would emphasize that I am among the first to hope that nuclear weapons can be totally eliminated from the world as proposed in General Assembly resolutions 49/75 H and 50/70 C, which were adopted at the General Assembly without there being one single objection. However, a decision on this matter is a function of *political* negotiations among States in Geneva or New York and is not one which concerns our judicial institution here at The Hague, where an interpretation of *existing international law* can only be given in response to a genuine need.

V. Supplementary Observations on My Position as Regards Paragraph 2 of the Operative Part of the Present Advisory Opinion

55. While I take the position that the Court should have declined to render an advisory opinion, I proceeded nonetheless to cast my vote on all of the subparagraphs in its operative part in view of the rule that no Judge may abstain from the voting on the operative part of any decision of the Court. I have done so although, in my view, the statements listed in paragraph 2 may not be interpreted as constituting replies to the question posed by resolution 49/75 K while subparagraph F, in particular, concerns a matter which, in my view, should not be advanced in the operative part of the Advisory Opinion as it simply reproduces Article VI of the Non-Proliferation Treaty. However, I did vote in favour of all the subparagraphs A to F — apart from the subparagraph E — as I can

«je crains beaucoup personnellement que, si l'on encourage un plus ample usage de la fonction consultative de la Cour — ce que certaines autorités ont récemment préconisé à plusieurs reprises —, la Cour pourrait bien se voir saisie de demandes d'avis consultatif plus nombreuses, caractérisées par l'inutilité et le simplisme. Je crois fermement que la Cour internationale de Justice doit être avant tout une institution judiciaire à laquelle il incombe de résoudre les différends de nature contentieuse entre les Etats et que l'on ne devrait attendre d'elle ni qu'elle se comporte en législateur (même si certaines évolutions du droit international sont cristallisées grâce à la jurisprudence de la Cour) ni qu'elle exerce la fonction d'un organe fournissant des conseils juridiques (à ceci près que la Cour peut donner des avis sur des questions juridiques qui se posent dans le cadre de l'activité des organisations internationales autorisées) dans les cas où il n'existe ni conflit ni différend touchant à des questions juridiques entre des Etats ou entre des Etats et des organisations internationales.» (*Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 89, par. 3.)

54. *(Ma position personnelle.)* Arrivé au terme de l'exposé de ma position selon laquelle la Cour n'aurait pas dû donner un avis en l'espèce, je voudrais souligner que je suis l'un des premiers à espérer que les armes nucléaires pourront être éliminées complètement de la surface de la Terre comme cela est proposé dans les résolutions 49/75 H et 50/70 C de l'Assemblée générale, qui ont été adoptées sans aucune opposition. Toutefois, une décision sur cette question dépend de négociations *politiques* menées entre les Etats à Genève ou à New York et ne concerne pas notre institution ici à La Haye, où une interprétation du *droit international existant* ne peut être donnée qu'en réponse à un besoin authentique.

V. Observations supplémentaires concernant ma position vis-à-vis du paragraphe 2 du dispositif du présent avis consultatif

55. Tout en estimant que la Cour aurait dû refuser de donner un avis consultatif, j'ai néanmoins pris part au vote sur chacun des alinéas du dispositif de l'avis, eu égard à la règle selon laquelle aucun juge ne peut s'abstenir lors du vote sur le dispositif de toute décision de la Cour. J'ai agi ainsi, bien que, selon moi, les affirmations reproduites au paragraphe 2 ne peuvent pas être interprétées comme constituant des réponses à la question posée en application de la résolution 49/75 K et que l'alinéa F, en particulier, concerne un point qui, selon moi, ne devrait pas avoir sa place dans le dispositif de l'avis consultatif dès lors qu'il se borne à reproduire l'article VI du traité sur la non-prolifération. Toutefois, j'ai voté en faveur de tous les alinéas A à F — sauf l'alinéa E — car je peux

accept the statements made in each one of them. The equivocations of subparagraph E prove my point that it would have been prudent for the Court to decline from the outset to give any opinion at all in the present case. The fact that the Court could only come to such an equivocal conclusion hardly serves to enhance its credibility.

(Signed) Shigeru ODA.

---

accepter les affirmations qui y figurent. Les équivoques relevées à l'alinéa E confirment, comme je le soutiens, que la Cour aurait été bien avisée de refuser d'emblée de donner un quelconque avis en l'espèce. Le fait qu'elle n'a pu parvenir qu'à cette conclusion équivoque n'est guère de nature à renforcer sa crédibilité.

(Signé) Shigeru ODA.

DISSENTING OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

The Charter was signed on 26 June 1945. A less troubled world was its promise. But the clash of arms could still be heard. A new weapon was yet to come. It must first be tested. The date was 12 July 1945; the place Alamogordo. The countdown began. The moment came: *"The radiance of a thousand suns."* That was the line which came to the mind of the leader of the scientific team. He remembered also the end of the ancient verse: *"I am become death, The Shatterer of Worlds"*[1].

By later standards, it was a small explosion. Bigger bombs have since been made. Five declared nuclear-weapon States possess them. The prospect of mankind being destroyed through a nuclear war exists. The books of some early peoples taught that the use of a super weapon which might lead to excessively destructive results was not allowed. What does contemporary international law have to say on the point?

That, in substance, is the General Assembly's question. The question raises the difficult issue as to whether, in the special circumstances of the use of nuclear weapons, it is possible to reconcile the imperative need of a State to defend itself with the no less imperative need to ensure that, in doing so, it does not imperil the survival of the human species. If a reconciliation is not possible, which side should give way? Is the problem thus posed one of law? If so, what lines of legal enquiry suggest themselves?

*

Overruling preliminary arguments, the Court, with near unanimity, decided to comply with the General Assembly's request for an advisory opinion on the question whether "the threat or use of nuclear weapons [is] in any circumstance permitted under international law". By a bare majority, it then proceeded to reply to the General Assembly's question by taking the position, on its own showing, that it cannot answer the substance of the question. I fear that the contradiction between promise and performance cannot, really, be concealed. With respect, I am of the view

[1] Peter Michelmore, *The Swift Years, The Robert Oppenheimer Story*, 1969, p. 110. Oppenheimer could read the verse in the original Sanskrit of the *Bhagavad-Gita*.

OPINION DISSIDENTE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

La Charte a été signée le 26 juin 1945. C'était la promesse d'un monde moins troublé. Mais les armes ne s'étaient pas encore tues et une arme nouvelle allait voir le jour. Il fallait encore l'expérimenter. L'essai eut lieu le 12 juillet 1945 à Alamogordo. Le compte à rebours commença. Puis vint le moment de «*l'éclat de mille soleils*». Ce sont ces mots qui vinrent à l'esprit du responsable de l'équipe scientifique, qui devait se souvenir aussi de la fin de ce vers qui remonte à un temps très ancien: «*Je suis la mort, celui qui anéantit les mondes.*»[1]

Par comparaison avec ce qu'on verrait par la suite, ce fut une petite explosion. On a construit depuis lors des bombes plus puissantes, et les cinq Etats nucléaires déclarés les possèdent. La perspective de voir l'humanité anéantie à la suite d'une guerre nucléaire existe bel et bien. Les livres de certains peuples primitifs enseignaient que l'emploi d'une superarme susceptible d'avoir des effets destructeurs excessifs n'était pas autorisé. Que nous dit le droit international contemporain à ce sujet?

Telle est, en substance, la question posée par l'Assemblée générale. Cette question soulève le difficile problème de savoir si, dans le cas particulier de l'emploi d'armes nucléaires, il est possible de concilier l'impérieuse nécessité pour un Etat de se défendre avec la nécessité non moins impérieuse de garantir que, ce faisant, cet Etat ne compromette pas la survie de l'espèce humaine. Si une telle conciliation s'avère impossible, qui va devoir céder? Le problème ainsi posé est-il un problème de droit? Si c'est le cas, quelles sont les voies de recherche juridique qui s'ouvrent devant nous?

*

Après avoir rejeté les arguments préliminaires qui lui étaient présentés, la Cour a décidé, à la quasi-unanimité, de donner suite à la demande qui lui a été soumise par l'Assemblée générale de donner un avis consultatif sur le point de savoir «s'il est permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance». Elle a ensuite, à une faible majorité, répondu à la question de l'Assemblée générale en déclarant, de son propre aveu, qu'elle ne pouvait apporter de réponse de fond à la question. Il me paraît difficile de nier que ce qu'on

[1] Peter Michelmore, *The Swift Years. The Robert Oppenheimer Story*, 1969, p. 110. Oppenheimer a pu lire ce vers dans la version originale sanskrite du *Bhagavad-Gita*.

that the Court should and could have answered the General Assembly's question — one way or another.

*

From the point of view of the basic legal principles involved, the reply of the Court, such as it is, is set out in the first part of subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph of its Advisory Opinion. Subject to a reservation about the use of the word "generally", I agree with the Court

> "that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law".

My difficulty is with the second part of subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph of the Court's Advisory Opinion. If the use of nuclear weapons is lawful, the nature of the weapon, combined with the requirements of necessity and proportionality which condition the exercise of the inherent right of self-defence, would suggest that such weapons could only be lawfully used "in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake"; and this, I think, notwithstanding variations in formulation and flexible references to "vital security interests", is the general theme underlying the position taken by the nuclear-weapon States. That in turn must be the main issue presented for consideration by the Court. But this is exactly the issue that the Court says it cannot decide, with the result that the General Assembly has not received an answer to the substance of its question.

I have the misfortune to be unable to subscribe to the conclusion so reached by the Court, and the more so for the reason that, when that conclusion is assessed by reference to the received view of the *"Lotus"* case, the inference could be that the Court is saying that there is a possibility that the use of nuclear weapons could be lawful in certain circumstances and that it is up to States to decide whether that possibility exists in particular circumstances, a result which would give me difficulty. In my respectful view, "the current state of international law, and . . . the elements of fact at its disposal" permitted the Court to answer one way or another.

As the two parts of subparagraph E cannot be separated for the purpose of voting, I have been regretfully constrained to withhold support from this subparagraph. Further, as the point of disagreement goes to the heart of the case, I have elected to use the style "dissenting opinion", even though voting for most of the remaining items of the operative paragraph.

trouve à l'arrivée n'est pas ce qui était annoncé au départ. Je fais valoir respectueusement que la Cour aurait dû répondre à la question de l'Assemblée générale et qu'elle était en mesure de le faire — dans un sens ou dans l'autre.

*

Du point de vue des principes juridiques de base pertinents, la réponse de la Cour est énoncée dans la première partie de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour. Tout en formulant une réserve à propos du mot «généralement», je suis d'accord avec la Cour pour estimer

> «que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire».

La seconde partie de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour me pose un problème. Si l'emploi d'armes nucléaires est licite, la nature de ces armes ainsi que les exigences en matière de nécessité et de proportionnalité auxquelles est subordonné l'exercice du droit naturel de légitime défense donneraient à penser que l'emploi de telles armes ne pourrait être licite que «dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause»; nous retrouvons là, je crois, sauf des nuances dans la formulation et dans la manière dont sont invoqués «les intérêts vitaux en matière de sécurité», l'idée générale qui sous-tend la position adoptée par les Etats dotés d'armes nucléaires. C'est là, de même, la question essentielle qui était soumise à l'examen de la Cour. Or, c'est précisément la question que la Cour affirme ne pouvoir trancher, et de ce fait il n'a pas été répondu au fond à la question de l'Assemblée générale.

Je regrette de ne pouvoir souscrire à la conclusion à laquelle la Cour est ainsi parvenue, surtout au motif que, lorsqu'on rapproche cette conclusion de l'opinion formulée dans l'affaire du *Lotus*, on pourrait être amené à conclure que, selon la Cour, il existe une possibilité que l'emploi d'armes nucléaires soit licite dans certaines circonstances et qu'il appartient aux Etats de décider si cette possibilité existe dans des circonstances données, et c'est là un point que je ne saurais admettre. Je fais valoir respectueusement que «l'état actuel du droit international, ainsi que [les] éléments de fait dont elle dispose» permettaient à la Cour de répondre dans un sens ou dans l'autre.

Les deux parties de l'alinéa E ne pouvant être séparées aux fins du vote, j'ai été contraint de refuser de souscrire à cet alinéa. Par ailleurs, le point de désaccord portant sur le fond de l'affaire, j'ai choisi d'utiliser la formule de l'«opinion dissidente», bien que j'aie voté pour la plupart des autres points du dispositif.

A second holding which I am unable to support is subparagraph B of paragraph 2 of the operative paragraph. The specificity conveyed by the words "as such" enables me to recognize that "[t]here is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such". But the words "as such" do not outweigh a general suggestion that there is no prohibition at all of the use of nuclear weapons. The circumstance that there is no "comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such" in customary or conventional international law does not conclude the question whether the threat or use of such weapons is lawful; more general principles have to be consulted. Further, for reasons to be given later, the test of prohibition does not suffice to determine whether there is a right to do an act with the magnitude of global implications which would be involved in such use. Finally, the holding in this subparagraph is a step in the reasoning; it does not properly form part of the Court's reply to the General Assembly's question.

•

As remarked above, I have voted for the remaining items of the operative paragraph of the Court's Advisory Opinion. However, a word of explanation is appropriate. The Court's voting practice does not always allow for a precise statement of a judge's position on the elements of a *dispositif* to be indicated through his vote; how he votes would depend on his perception of the general direction taken by such an element and of any risk of his basic position being misunderstood. A declaration, separate opinion or dissenting opinion provides needed opportunity for explanation of subsidiary difficulties. This I now give below in respect of those parts of the operative paragraph for which I have voted.

As to subparagraph A of paragraph 2 of the operative paragraph, I take the view, to some extent implicit in this subparagraph, that, at any rate in a case of this kind, the action of a State is unlawful unless it is authorized under international law; the mere absence of prohibition is not enough. In the case of nuclear weapons, there is no authorization, whether specific or otherwise. However, subparagraph A is also a step in the reasoning; it is not properly part of the Court's reply to the General Assembly's question.

As to subparagraph C of paragraph 2 of the operative paragraph, there is an implication here that a "threat or use of force by means of nuclear weapons that is contrary to Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter" may nevertheless be capable of complying with some or all of the requirements of Article 51 and would in that event be lawful. I should have thought that something which was "contrary" to the former was *ipso facto* illegal and not capable of being redeemed by meet-

Un second point sur lequel je suis en désaccord concerne l'alinéa B du paragraphe 2 du dispositif. La précision qu'apportent les mots «en tant que telles» me permet de reconnaître que «[n]i le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles». Mais les mots «en tant que telles» ne priment pas sur l'idée générale qu'il n'y a pas d'interdiction purement et simplement de l'emploi d'armes nucléaires. Le fait qu'il n'y a pas d'«interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles» en droit international coutumier ou conventionnel ne tranche pas la question de savoir si la menace ou l'emploi de telles armes est licite; il faut donc se référer à des principes plus généraux. Ensuite, pour des raisons qui seront exposées plus loin, le critère de l'interdiction ne permet pas à lui seul de déterminer si l'on a le droit de recourir à un acte, lorsque l'on sait l'ampleur des implications mondiales qu'aurait un tel recours. Enfin, l'affirmation énoncée dans cet alinéa est un élément de la motivation, mais elle ne fait pas partie à proprement parler de la réponse de la Cour à la question de l'Assemblée générale.

•

Comme je l'ai dit, j'ai voté pour les autres points du dispositif de l'avis consultatif de la Cour. Je me dois cependant d'apporter quelques précisions. La manière dont la Cour vote ne permet pas toujours à un juge d'indiquer avec précision sa position sur les éléments d'un dispositif par le biais de son vote; la façon dont il vote dépend de la perception qu'il a de la signification générale de ces éléments, et du risque que sa position fondamentale soit mal comprise. Une déclaration, une opinion individuelle ou une opinion dissidente permettent d'expliquer des difficultés accessoires. Je m'explique donc dans les lignes qui suivent sur les différents éléments du dispositif pour lesquels j'ai voté.

S'agissant de l'alinéa A du paragraphe 2 du dispositif, je suis d'avis, et ceci est dans une certaine mesure contenu implicitement dans cet alinéa, qu'en tout état de cause, dans une affaire de ce type, l'action d'un Etat est illicite à moins d'être autorisée en droit international; la seule absence d'interdiction ne suffit pas. Dans le cas des armes nucléaires, il n'y a pas d'autorisation, qu'elle soit donnée expressément ou d'une autre façon. Toutefois, l'alinéa A constitue également un élément de la motivation et ne fait pas partie à proprement parler de la réponse de la Cour à la question de l'Assemblée générale.

S'agissant de l'alinéa C du paragraphe 2 du dispositif, on laisse entendre que «la menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires qui serait contraire à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies» pourrait néanmoins satisfaire à certaines ou à toutes les prescriptions de l'article 51 et serait dans ce cas licite. J'aurais cru que ce qui est «contraire» à la première de ces dispositions serait *ipso facto* illicite, même s'il est satisfait aux prescriptions de la seconde de ces dispositions.

ing any of the requirements of the latter. Thus, an act of aggression, being contrary to Article 2, paragraph 4, is wholly outside of the framework of Article 51, even if carried out with antiquated rifles and in strict conformity with humanitarian law. Further, it is difficult to see how the Court can allow itself to be suggesting here that there are circumstances in which the threat or use of nuclear weapons is lawful in view of the fact that in subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph it has not been able to come to a definitive conclusion on the main issue as to whether the threat or use of such weapons is lawful or unlawful in the circumstances stated there.

As to subparagraph D of paragraph 2 of the operative paragraph, the statement that a "threat or use of nuclear weapons should also be compatible with the requirements of the international law applicable in armed conflict . . ." suggests the possibility of cases of compatibility and consequently of legality. As mentioned above, it is difficult to see how the Court can take this position in view of its inability to decide the real issue of legality. The word "should" is also out of place in a finding as to what is the true position in law.

As to subparagraph F of paragraph 2 of the operative paragraph, I have voted for this as a general proposition having regard to the character of nuclear weapons. The particular question as to the legal implications of Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons ("NPT") is not before the Court; it does not form part of the General Assembly's question. It could well be the subject of a separate question as to the effect of that Article of the NPT, were the General Assembly minded to present one.

Going beyond the operative paragraph, I have hesitations on certain aspects of the *consideranda* but do not regard it as convenient to list them all. I should however mention paragraph 104 of the Advisory Opinion. To the extent that this reproduces the standing jurisprudence of the Court, I do not see the point of the paragraph. If it ventures beyond, I do not agree. The operative paragraph of the Court's Advisory Opinion has to be left to be interpreted in accordance with the settled jurisprudence on the point.

*

Returning to subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph of the Court's Advisory Opinion, I propose to set out below my reasons for agreeing with this holding in so far as I agree with it and for disagreeing with it in so far as I disagree. The limited objective will be to show that, contrary to the Court's major conclusion, "the current state of international law, and . . . the elements of fact at its disposal" were sufficient to enable it to "conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake".

Ainsi, un acte d'agression, du fait qu'il est contraire au paragraphe 4 de l'article 2, ne peut absolument pas répondre aux critères de l'article 51, même s'il est accompli avec de vieux fusils et dans le respect strict du droit humanitaire. En outre, on a de la peine à comprendre comment la Cour peut se permettre ici de laisser entendre qu'il existe des circonstances dans lesquelles la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est licite, alors qu'à l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif elle n'a pas pu arriver à une conclusion définitive sur la question essentielle de savoir si la menace ou l'emploi de telles armes est licite ou illicite dans les circonstances en question.

S'agissant de l'alinéa D du paragraphe 2 du dispositif, l'affirmation selon laquelle «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires devrait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés...» laisse entendre qu'il peut exister des cas de compatibilité et donc de licéité. Comme indiqué plus haut, on voit difficilement comment la Cour peut adopter une telle position, alors qu'elle s'avoue incapable de se prononcer sur la question fondamentale de la licéité. Par ailleurs, le mot «devrait» n'a pas sa place lorsqu'il s'agit de définir la véritable position du droit en la matière.

S'agissant de l'alinéa F du paragraphe 2 du dispositif, j'ai voté pour cet alinéa en tant que proposition générale eu égard au caractère des armes nucléaires. La Cour n'a pas été saisie de la question particulière touchant les implications juridiques de l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP), celle-ci ne faisant pas partie de la question de l'Assemblée générale. Elle pourrait faire l'objet d'une question distincte touchant les implications de cet article du traité, au cas où l'Assemblée générale entendrait la poser.

Cela étant dit à propos du dispositif, j'ai quelques hésitations à propos de certains aspects des motifs, mais il ne me paraît pas opportun de les passer tous en revue. Je voudrais cependant signaler le paragraphe 104 de l'avis consultatif. Dans la mesure où ce paragraphe ne fait que reprendre la jurisprudence constante de la Cour, je ne vois pas son utilité. S'il va au-delà de cette jurisprudence, je ne peux l'approuver. Le dispositif de l'avis consultatif de la Cour doit pouvoir être interprété conformément à la jurisprudence établie sur le point.

*

Pour revenir à l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour, je me propose d'exposer ci-après pourquoi je suis d'accord avec cette conclusion, dans la mesure où j'y adhère, et pourquoi je suis en désaccord avec elle, dans la mesure où je n'y adhère pas. L'objectif limité que je me suis fixé est de montrer que, contrairement à la conclusion fondamentale de la Cour, «l'état actuel du droit international ainsi que [l]es éléments de fait dont elle dispose» étaient suffisants pour lui permettre de «conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême

With this end in view, I propose, after noticing some introductory and miscellaneous matters in Part I, to deal, in Part II, with the question whether States have a right to use nuclear weapons having regard to the general principles which determine when States are to be considered as having a power, and, in Part III, with the position under international humanitarian law. In Part IV, I consider whether a prohibitory rule, if it existed at the commencement of the nuclear age, was modified or rescinded by the emergence of a subsequent rule of customary international law. I pass on in Part V to consider denuclearization treaties and the NPT. The conclusion is reached in Part VI.

PART I. INTRODUCTORY AND MISCELLANEOUS MATTERS

1. The Main Issue

The commencement of the nuclear age represents a legal benchmark for the case in hand. One argument was that, at that point of time, the use of nuclear weapons was not prohibited under international law, but that a prohibitory rule later emerged, the necessary *opinio juris* developing under the twin influences of the general prohibition of the use of force laid down in Article 2, paragraph 4, of the Charter and of growing appreciation of and sensitivity to the power of nuclear weapons. In view of the position taken by the proponents of the legality of the use of nuclear weapons ("proponents of legality") over the past five decades, it will be difficult to establish that the necessary *opinio juris* later crystallized, if none existed earlier. That argument was not followed by most of the proponents of the illegality of the use of nuclear weapons ("proponents of illegality").

The position generally taken by the proponents of illegality was that a prohibitory rule existed at the commencement of the nuclear age, and that subsequent developments merely evidenced the continuing existence of that rule. For their part, the proponents of legality took the position that such a prohibitory rule never existed, and that what subsequent developments did was to evidence the continuing non-existence of any such rule and a corresponding right to use nuclear weapons. There was no issue as to whether, supposing that a prohibitory rule existed at the commencement of the nuclear age, it might have been reversed or modified by the development of a later rule in the opposite direction[2]; supposing that that had been argued, the position taken by the proponents

[2] For the possibility of a rule of customary international law being modified by later inconsistent State practice, see *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits, I.C.J. Reports 1986*, p. 109, para. 207.

de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause». Cet objectif étant précisé, je me propose, après avoir abordé quelques questions liminaires et diverses dans la première partie, d'examiner, dans la deuxième partie, la question de savoir si les Etats ont le droit d'employer des armes nucléaires, compte tenu des principes généraux en vertu desquels les Etats sont considérés comme disposant de certains pouvoirs, et, dans la troisième partie, la position au regard du droit international humanitaire. Dans la quatrième partie, j'examine la question de savoir si une règle énonçant une interdiction, si elle existait au début de l'ère nucléaire, a été modifiée ou annulée par l'apparition d'une règle postérieure de droit international coutumier. Dans la cinquième partie, j'examine les traités de dénucléarisation et le traité sur la non-prolifération. La sixième partie est conçue en forme de conclusion.

PREMIÈRE PARTIE. QUESTIONS LIMINAIRES ET QUESTIONS DIVERSES

1. La question principale

Le début de l'ère nucléaire constitue un point de référence juridique en l'espèce. D'aucuns faisaient valoir qu'à cette époque-là l'emploi d'armes nucléaires n'était pas interdit en droit international, mais qu'une règle d'interdiction est apparue par la suite, la nécessaire *opinio juris* se développant sous l'influence conjuguée de l'interdiction générale du recours à l'emploi de la force formulée au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte et de la sensibilisation et de la prise de conscience croissantes à l'égard de la puissance des armes nucléaires. Compte tenu de la position soutenue par les tenants de la licéité de l'emploi des armes nucléaires (les «tenants de la licéité») au cours des cinquante dernières années, il sera difficile d'établir que la nécessaire *opinio juris* s'est cristallisée par la suite, au cas où elle n'aurait pas existé antérieurement. Cet argument n'a pas été repris par la plupart des tenants de l'illicéité de l'emploi des armes nucléaires (les «tenants de l'illicéité»).

La position généralement adoptée par les tenants de l'illicéité était qu'une règle d'interdiction existait au début de l'ère nucléaire et que l'évolution ultérieure n'aurait fait qu'attester l'existence ininterrompue de cette règle. Quant aux tenants de la licéité, ils soutenaient qu'une règle d'interdiction n'avait jamais existé et que l'évolution ultérieure s'était contentée d'attester la non-existence ininterrompue d'une quelconque règle de ce type et, partant, le droit d'employer des armes nucléaires. On ne posait pas la question de savoir, si, à supposer qu'une règle d'interdiction aurait existé au début de l'ère nucléaire, elle aurait pu être infirmée ou modifiée par l'apparition d'une règle ultérieure contraire[2]; à supposer qu'on aurait soutenu cet argument, la position adoptée par les tenants de

[2] Concernant la possibilité qu'une règle de droit international coutumier aurait été modifiée ultérieurement par une pratique étatique contraire, voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, fond, C.I.J. Recueil 1986*, p. 109, par. 207.

of illegality would bar the development of the *opinio juris* necessary for the subsequent emergence of any such permissive rule, and more particularly so if the earlier prohibitory rule had the quality of *jus cogens*. This would have been the case if any humanitarian principles on which the earlier prohibitory rule was based themselves had the quality of *jus cogens*, a possibility left open by paragraph 83 of the Court's Advisory Opinion.

State practice is important. But it has to be considered within the framework of the issues raised. Within the framework of the issues raised in this case, State practice subsequent to the commencement of the nuclear age does not have the decisive importance suggested by the focus directed to it during the proceedings: it is not necessary to consider it in any detail beyond and above what is reasonably clear, namely, that the opposition shown by the proponents of legality would have prevented the development of a prohibitory rule if none previously existed, and that the opposition shown by the proponents of illegality would have prevented the development of a rescinding rule if a prohibitory rule previously existed. In either case, the legal situation as it existed at the commencement of the nuclear age would continue in force. The question is, what was that legal situation?

The real issue, then, is whether at the commencement of the nuclear age there was in existence a rule of international law which prohibited a State from creating effects of the kind which could later be produced by the use of nuclear weapons. If no such rule then existed, none has since come into being, and the case of the proponents of legality succeeds; if such a rule then existed, it has not since been rescinded, and the case of the proponents of illegality succeeds.

2. The Charter Assumes That Mankind and Its Civilization Will Continue

International law includes the principles of the law of armed conflict. These principles, with roots reaching into the past of different civilizations, were constructed on the unspoken premise that weapons, however destructive, would be limited in impact, both in space and in time. That assumption held good throughout the ages. New and deadlier weapons continued to appear, but none had the power to wage war on future generations or to threaten the survival of the human species. Until now.

Is a legal problem presented? I think there is; and this for the reason that, whatever may be the legal position of the individual in international law, if mankind in the broad is annihilated, States disappear and, with them, the basis on which rights and obligations exist within the international community. How might the problem be approached?

Courts, whether international or national, have not had to deal with the legal implications of actions which could annihilate mankind. Yet in

l'illicéité empêcherait que prenne corps l'*opinio juris* nécessaire pour l'apparition ultérieure d'une quelconque règle énonçant une autorisation de ce type, surtout si la règle d'interdiction antérieure faisait partie du *jus cogens*. Cela aurait été le cas si, d'aventure, des principes humanitaires sur lesquels la règle d'interdiction antérieure se fondait avaient fait partie eux-mêmes du *jus cogens*, une possibilité que le paragraphe 83 de l'avis consultatif de la Cour laisse en suspens.

La pratique des Etats est importante. Mais elle doit être examinée dans le cadre des questions soulevées. S'agissant des questions soulevées en l'espèce, la pratique suivie par les Etats après le début de l'ère nucléaire n'a pas l'importance décisive que pourrait laisser entendre l'accent mis sur cette pratique pendant la procédure: il n'est pas nécessaire de l'examiner en détail par-delà ce qui est manifestement clair, à savoir que l'opposition manifestée par les tenants de la licéité aurait empêché l'élaboration d'une règle d'interdiction, si une telle règle n'existait pas précédemment, et que l'opposition manifestée par les tenants de l'illicéité aurait empêché l'élaboration d'une règle abrogatoire, au cas où une règle d'interdiction aurait existé précédemment. Dans les deux cas, la situation juridique telle qu'elle existait au début de l'ère nucléaire aurait continué. La question est de savoir ce qu'était cette situation juridique.

La véritable question est donc de savoir s'il existait au début de l'ère nucléaire une règle de droit international interdisant à un Etat de créer des effets du type de ceux que provoquerait ultérieurement l'emploi d'armes nucléaires. Si une telle règle n'existait pas à cette époque, aucune règle n'a vu le jour depuis, et les tenants de la licéité ont raison. Si une telle règle existait, elle n'a pas été abrogée depuis, et ce sont les tenants de l'illicéité qui ont raison.

2. La Charte présuppose que l'humanité et la civilisation continueront

Le droit international inclut les principes du droit des conflits armés. Ces principes, qui plongent leurs racines dans le passé de différentes civilisations, se fondent sur la prémisse implicite que les armes, aussi destructrices soient-elles, auraient des effets limités aussi bien dans le temps que dans l'espace. Cette hypothèse s'est vérifiée à travers les âges. Des armes nouvelles et plus meurtrières n'ont cessé de voir le jour, mais il ne s'en est trouvé aucune susceptible de compromettre l'existence des générations futures ou de menacer la survie de l'espèce humaine. Du moins jusqu'à ce jour.

Cela pose-t-il un problème juridique? Je crois pouvoir répondre par l'affirmative: en effet, quel que soit le statut juridique de l'individu en droit international, si l'humanité comme telle vient à être anéantie, les Etats disparaîtront et, avec eux, la base sur laquelle se fonde les droits et les obligations au sein de la communauté internationale. Sous quel angle peut-on aborder le problème?

Ni les tribunaux internationaux ni les tribunaux nationaux n'ont eu à connaître des implications juridiques d'actes qui pourraient anéantir

neither system should there be difficulty in finding an answer; both systems must look to the juridical foundations on which they rest. What do these suggest?

In his critical study of history, Ibn Khaldûn referred to "the explanation that laws have their reason in the purposes they are to serve". Continuing, he noted that "the jurists mention that . . . injustice invites the destruction of civilization with the necessary consequence that the species will be destroyed", and that the laws "are based upon the effort to preserve civilization"[3]. Thus, the preservation of the human species and of civilization constitutes the ultimate purpose of a legal system. In my opinion, that purpose also belongs to international law, as this is understood today.

This conclusion is not at variance with the Charter of the United Nations and the Statute of the Court, by which the Court is bound. The first preambular paragraph of the Charter recorded that "the Peoples of the United Nations" were "[d]etermined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind . . .". A world free of conflict was not guaranteed; but, read in the light of that and other statements in the Charter, Article 9 of the Statute shows that the Court was intended to serve a civilized society. A civilized society is not one that knowingly destroys itself, or knowingly allows itself to be destroyed. A world without people is a world without States. The Charter did not stipulate that mankind would continue, but it at least assumed that it would; and the assumption was not the less fundamental for being implicit.

3. The Use of Nuclear Weapons Is Unacceptable to the International Community

It is necessary to consider the character of nuclear weapons. It was said on the part of the proponents of legality that there are "tactical", "battlefield", "theatre" or "clean" nuclear weapons which are no more destructive than certain conventional weapons. Supposing that this is so, then *ex hypothesi* the use of nuclear weapons of this kind would be as lawful as the use of conventional weapons. It was in issue, however, whether the material before the Court justified that hypothesis, the argument of the proponents of illegality being that the use of any nuclear weapon, even if directed against a lone nuclear submarine at sea or against an isolated military target in the desert, results in the emission of radiation and nuclear fall-out and carries the risk of triggering a chain of events which could lead to the annihilation of the human species. The eleventh preambular paragraph of the 1968 NPT, which was extended "indefinitely" in 1995, records that the States parties desired "the liquidation of all their

[3] Ibn Khaldûn, *The Muqaddimah, An Introduction to History*, trans. Franz Rosenthal, edited and abridged by N. J. Dawood, 1981, p. 40.

l'humanité. Pourtant, ni les uns ni les autres ne devraient être en mal de trouver une réponse: il leur suffit d'examiner les fondements juridiques sur lesquels ils reposent. Quelle conclusion peut-on tirer de cela?

Dans son étude critique de l'histoire, Ibn Khaldoun évoque la thèse selon laquelle les lois trouvent leur raison d'être dans les objectifs qu'elles sont censées servir. Il note ensuite que, selon les juristes, l'injustice appelle la destruction de la civilisation et son corollaire inévitable, l'anéantissement de l'espèce, et que les lois se fondent sur les efforts visant à sauvegarder la civilisation[3]. La préservation de l'espèce humaine et de la civilisation constitue donc l'objectif ultime de tout système juridique. A mon avis, cet objectif vaut également pour le droit international tel qu'on le perçoit aujourd'hui.

Cette conclusion ne contredit ni la Charte des Nations Unies ni le Statut de la Cour, qui régit celle-ci. Dans le premier alinéa de son préambule, la Charte note que les «peuples des Nations Unies» sont «résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances...» La Charte ne garantissait pas un monde exempt de conflits; mais, lorsqu'on le lit à la lumière de ce paragraphe et d'autres passages de la Charte, l'article 9 du Statut montre que la Cour a été conçue pour servir une société civilisée. Une société civilisée n'est pas une société qui se détruit elle-même sciemment ou qui permet sciemment qu'on la détruise. Un monde sans habitants est un monde sans Etats. La Charte n'a pas décrété que l'humanité allait continuer, mais elle a à tout le moins supposé qu'il en serait ainsi, et, pour être implicite, cette supposition n'en est pas moins fondamentale.

3. L'emploi d'armes nucléaires est inacceptable pour la communauté internationale

Il nous faut examiner la nature des armes nucléaires. Les tenants de la licéité ont prétendu qu'il y avait des armes nucléaires «tactiques», «du champ de bataille», «du théâtre des opérations» ou «propres», qui n'étaient pas plus destructives que certaines armes classiques. Partant de là, ils ont soutenu que par hypothèse l'emploi d'armes nucléaires de ce type serait aussi licite que l'emploi d'armes classiques. Restait cependant à vérifier que les éléments présentés à la Cour étayaient cette hypothèse, les tenants de l'illicéité soutenant pour leur part que l'emploi de toute arme nucléaire, même contre un sous-marin nucléaire isolé en mer ou contre une cible militaire isolée dans le désert, provoque l'émission de rayonnements et des retombées radioactives, et comporte le risque de déclencher des événements en chaîne qui pourraient aboutir à l'anéantissement de l'espèce humaine. Il est indiqué au onzième alinéa du préambule du traité sur la non-prolifération de 1968, qui a été pro-

[3] Ibn Khaldoun, *The Muqaddimah. An Introduction to History*, traduit par Franz Rosenthal, édité et présenté dans une version abrégée par N. J. Dawood, 1981, p. 40.

existing stockpiles, and the elimination from national arsenals of nuclear weapons . . .". Presumably the elimination so foreshadowed comprehended all "nuclear weapons" and, therefore, "tactical", "battlefield", "theatre" or "clean" nuclear weapons also. The parties to the NPT drew no distinction. On the material before it, the Court could feel less than satisfied that the suggested exceptions exist.

The basic facts underlying the resolutions of the General Assembly as to the nature of a nuclear war, at least a full-scale one, are difficult to controvert. Since 1983 the technology has advanced, but the position even at that stage was put thus by the Secretary-General of the United Nations, Mr. Javier Pérez de Cuéllar:

> "The world's stockpile of nuclear weapons today is equivalent to 16 billion tons of TNT. As against this, the entire devastation of the Second World War was caused by the expenditure of no more than 3 million tons of munitions. In other words, we possess a destructive capacity of more than 5,000 times what caused 40 to 50 million deaths not too long ago. It should suffice to kill every man, woman and child 10 times over."[4]

Thus, nuclear weapons are not just another type of explosive weapons, only occupying a higher position on the same scale: their destructive power is exponentially greater. Apart from blast and heat, the radiation effects over time are devastating. To classify these effects as being merely a by-product is not to the point; they can be just as extensive as, if not more so than, those immediately produced by blast and heat. They cause unspeakable sickness followed by painful death, affect the genetic code, damage the unborn, and can render the earth uninhabitable. These extended effects may not have military value for the user, but this does not lessen their gravity or the fact that they result from the use of nuclear weapons. This being the case, it is not relevant for present purposes to consider whether the injury produced is a by-product or secondary effect of such use.

Nor is it always a case of the effects being immediately inflicted but manifesting their consequences in later ailments; nuclear fallout may exert an impact on people long after the explosion, causing fresh injury to them in the course of time, including injury to future generations. The

[4] Javier Pérez de Cuéllar, Statement at the University of Pennsylvania, 24 March 1983, in *Disarmament*, Vol. VI, No. 1, p. 91.

rogé «pour une durée indéfinie» en 1995, que les Etats parties étaient désireux de faciliter «la liquidation de tous les stocks existants [d'armes nucléaires] et l'élimination des armes nucléaires ... des arsenaux nationaux...» L'élimination ainsi envisagée visait, selon toute vraisemblance, toutes les «armes nucléaires» et, partant, également les armes nucléaires dites «tactiques», «du champ de bataille», «du théâtre des opérations» ou «propres». Les parties au traité sur la non-profilération n'ont pas établi de distinction. Au vu des éléments qui lui ont été présentés, la Cour n'a guère pu se convaincre de l'existence des exceptions alléguées.

Les faits de base qui sous-tendent les résolutions de l'Assemblée générale quant à la nature d'une guerre nucléaire, à tout le moins d'une guerre nucléaire sur une grande échelle, sont difficilement réfutables. Depuis 1983, la technique a progressé, mais, déjà à ce stade-là, voici comment la situation se présentait selon le Secrétaire général de l'Organisation, M. Javier Pérez de Cuéllar:

> «Les arsenaux mondiaux d'armes nucléaires équivalent aujourd'hui à 16 milliards de tonnes de TNT. A titre de comparaison, tous les dégâts causés au cours de la seconde guerre mondiale n'avaient été causés que par 3 millions de tonnes de munitions. En d'autres termes, nous possédons une capacité destructrice plus de cinq mille fois supérieure à celle qui a provoqué quarante à cinquante millions de morts il n'y a pas si longtemps. Cette capacité suffirait à tuer dix fois chaque homme, femme et enfant.»[4]

Les armes nucléaires ne sont donc pas simplement un autre type d'armes explosives, qui se situerait seulement plus haut sur la même échelle: leur puissance destructrice est plus grande exponentiellement. Sans compter l'effet de souffle et la chaleur, les effets du rayonnement au cours du temps sont dévastateurs. C'est à tort qu'on rangerait ces effets dans la catégorie des conséquences secondaires, car ils peuvent être tout aussi importants, sinon davantage, que les effets produits immédiatement par le souffle et la chaleur. Ils causent une maladie abominable suivie d'une mort douloureuse, perturbent le code génétique, provoquent des lésions chez les enfants qui ne sont pas encore nés et peuvent rendre la terre inhabitable. Ces effets prolongés ne présentent peut-être pas un intérêt militaire pour celui qui utilise de telles armes, mais cela ne diminue pas leur gravité ou n'enlève rien au fait qu'ils sont la conséquence de l'emploi d'armes nucléaires. Cela étant, il est sans intérêt en l'espèce d'examiner si le dommage causé est un sous-produit ou une conséquence secondaire d'un tel emploi.

Il en va de même des effets immédiats, mais dont les conséquences se manifestent dans des affections survenant plus tard; les retombées radioactives peuvent avoir un impact sur les personnes longtemps après l'explosion et causer, avec le temps, de nouvelles lésions, y compris pour

[4] Javier Pérez de Cuéllar, déclaration à l'Université de Pennsylvanie, le 24 mars 1983, dans *Désarmement*, vol. VI, n° 2, p. 91.

weapon continues to strike for years after the initial blow, thus presenting the disturbing and unique portrait of war being waged by a present generation on future ones — on future ones with which its successors could well be at peace.

The first and only military use of nuclear weapons which has so far been made took place at Hiroshima on 6 August 1945 and at Nagasaki on 9 August 1945. A month later, the International Committee of the Red Cross ("ICRC") considered the implications of the use of newly developed weapons. In a circular letter to national Red Cross committees, dated 5 September 1945 and signed by Mr. Max Huber as acting President, the ICRC wrote this:

> "Totalitarian war has brought new technics into being. Does this mean that we must accept that the individual will no longer be protected by the law and will henceforth only be seen as a mere element of collectivities involved in a conflict? This would imply the collapse of the principles underlying international law, which aims to promote the physical and spiritual protection of the individual. Even in time of war, a law of a strictly egotistical and utilitarian nature, only inspired by fortuitous interests, could never offer lasting security. If warfare fails to accept the value and dignity of the human being, it will proceed irresistibly to destructions without limit, as the spirit of mankind, which is taking possession of the forces of the universe, seems by its creations to be accelerating that devastating impetus." *[Translation by the Registry.]*

Do the rules stand set aside? Or do they still apply to protect the individual? If they do not, the seizure by man of the forces of the universe propels war irresistibly and progressively in the direction of destruction without limit, including the extinction of the human species. In time, the nuclear-weapon States ("NWS") and most of the non-nuclear-weapon States ("NNWS") would subscribe to statements acknowledging the substance of this result.

The concerns raised by the ICRC did not go unechoed. As was pointed out by several States, four months later the General Assembly unanimously adopted a resolution by which it established a commission charged with the responsibility of making "specific proposals . . . *(c)* for the elimination from national armaments of atomic weapons and of all other major weapons adaptable to mass destruction" (General Assembly resolution 1 (I), para. 5, of 24 January 1946). It is too limited a view to restrict the significance of the resolution to the mere establishment of the commission; the bases on which the commission was established are also important.

In line with this, on 20 September 1961 an agreement, known as "The McCloy-Zorin Accords", was signed by representatives of the United States of America and the Soviet Union, the two leading NWS. The Accords recommended eight principles as guidance for disarmament negotiations. The fifth principle read: "Elimination of all stockpiles of

les générations à venir. L'arme continue de frapper des années après l'explosion initiale, ce qui évoque l'image atroce et unique en son genre d'une guerre menée par une génération actuelle contre des générations à venir, des générations à venir avec lesquelles leurs propres successeurs pourraient bien être en paix.

La première — et à ce jour la seule — utilisation militaire des armes nucléaires a eu lieu à Hiroshima le 6 août 1945 et à Nagasaki le 9 août 1945. Un mois plus tard, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) examinait les implications de l'emploi de ces armes qui venaient d'être mises au point. Dans une circulaire adressée à ses comités nationaux le 5 septembre 1945 par M. Max Huber, président par intérim, le CICR écrivait ceci:

> «La guerre totalitaire a fait naître de nouvelles techniques. Faut-il en conséquence admettre que l'individu cessera d'être juridiquement protégé et ne sera plus considéré que comme un simple élément de collectivités en lutte? Ce serait là l'écroulement des principes sur lesquels repose le droit international qui tend à la protection physique et spirituelle de la personne. Même en temps de guerre un droit strictement égoïste et utilitaire, et qui ne s'inspirerait que d'intérêts occasionnels, ne saurait jamais offrir une sécurité durable. Si elle refuse à la personne humaine sa valeur et sa dignité, la guerre ira irrésistiblement à des destructions sans limite, puisque l'esprit des hommes, qui s'empare des forces de l'univers, semble, par ses créations, accélérer cet élan dévastateur.»

Les règles sont-elles mises de côté? Ou continuent-elles de s'appliquer et de protéger l'individu? Dans le premier cas, l'esprit des hommes, qui s'empare des forces de l'univers, propulse irrésistiblement et progressivement la guerre vers des destructions sans limite, y compris l'anéantissement de l'espèce humaine. Avec le temps, les Etats dotés de l'arme nucléaire et la plupart des Etats non dotés d'armes nucléaires allaient souscrire à ce constat.

Les préoccupations dont faisait état le CICR n'allaient pas rester sans écho. Comme plusieurs Etats l'ont relevé, quatre mois plus tard l'Assemblée générale adoptait à l'unanimité une résolution par laquelle elle créait une commission chargée de présenter «des propositions déterminées en vue ... *c)* d'éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives» (paragraphe 5 de la résolution 1 (I) du 24 janvier 1946). On ne saurait réduire le sens de cette résolution à la seule création de la commission, car les bases sur lesquelles la commission a été créée sont importantes également.

Dans le même ordre d'idée, le 20 septembre 1961 un accord désigné sous le nom d'«accords McCloy-Zorine» a été signé par les représentants des Etats-Unis d'Amérique et de l'Union soviétique, les deux principaux Etats dotés d'armes nucléaires. Les accords recommandaient huit principes directeurs pour des négociations sur le désarmement, dont le cin-

nuclear, chemical, bacteriological, and other weapons of mass destruction, and cessation of the production of such weapons." On 20 December 1961 that agreement was unanimously welcomed by the General Assembly on the joint proposition of those two States (General Assembly resolution 1722 (XVI) of 20 December 1961).

The first preamble to the 1968 NPT refers to "the devastation that would be visited upon all mankind by a nuclear war . . .". The preamble to the NPT (inclusive of that statement) was reaffirmed in the first paragraph of the preamble to Decision No. 2 adopted by the 1995 Review and Extension Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons. The overwhelming majority of States are parties to these instruments.

The Final Document adopted by consensus in 1978 by the Tenth Special Session of the General Assembly (on the subject of disarmament) opened with these words: "Alarmed by the threat to the very survival of mankind posed by the existence of nuclear weapons and the continuing arms race . . .". Paragraph 11 stated:

> "Mankind today is confronted with an unprecedented threat of self-extinction arising from the massive and competitive accumulation of the most destructive weapons ever produced. Existing arsenals of nuclear weapons alone are more than sufficient to destroy all life on earth . . ."

Paragraph 47 of the Final Document noted that "[n]uclear weapons pose the greatest danger to mankind and to the survival of civilization". All of these words, having been adopted by consensus, may be regarded as having been uttered with the united voice of the international community.

Important regional agreements also testify to the character of nuclear weapons. See the Agreement of Paris of 23 October 1954 on the entry of the Federal Republic of Germany into the North Atlantic Treaty Organization, Article I *(a)* of Annex II to Protocol No. III on the Control of Armaments, indicating that nuclear weapons are weapons of mass destruction. The preamble to the 1967 Treaty of Tlatelolco, Additional Protocol II of which was signed and ratified by the five NWS, declared that the Parties were convinced

> "That the incalculable destructive power of nuclear weapons has made it imperative that the legal prohibition of war should be strictly observed in practice if the survival of civilization and of mankind itself is to be assured.
>
> That nuclear weapons, whose terrible effects are suffered, indiscriminately and inexorably, by military forces and civilian population alike, constitute, through the persistence of the radioactivity they release, an attack on the integrity of the human species and ultimately may even render the whole earth uninhabitable."

quième principe visait l'élimination de tous les stocks d'armes nucléaires, chimiques, bactériologiques et autres armes de destruction massive, et l'arrêt de la production de telles armes. Le 20 décembre 1961, cet accord a été salué unanimement par l'Assemblée générale sur la proposition conjointe des deux Etats en question (résolution 1722 (XVI) de l'Assemblée générale en date du 21 décembre 1961).

Le premier alinéa du préambule du traité sur la non-prolifération de 1968 fait mention des «dévastations qu'une guerre nucléaire ferait subir à l'humanité entière...» Le préambule du traité a été repris dans le premier alinéa du préambule de la décision n° 2 adoptée par la conférence de 1995 des parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires chargée d'examiner le traité et la question de sa prorogation. L'immense majorité des Etats sont parties à ces instruments.

Le document final adopté par consensus en 1978 par la dixième session extraordinaire de l'Assemblée générale (consacrée au désarmement) commence par ces mots: «Alarmée par la menace que représentent l'existence d'armes nucléaires et la poursuite de la course aux armements...» Au paragraphe 11, il est indiqué ceci:

> «Aujourd'hui plus que jamais l'humanité est menacée d'autodestruction, du fait de l'accumulation massive, dans un esprit de compétition, des armes les plus destructrices que l'homme ait jamais fabriquées. Les arsenaux existants d'armes nucléaires sont à eux seuls plus que suffisants pour détruire toute vie sur la terre.»

Au paragraphe 47 dudit document, on peut lire que «[l]es armes nucléaires sont celles qui menacent le plus gravement l'humanité et la survie de la civilisation». Cette déclaration ayant été adoptée par consensus, on peut dire que ces mots ont été prononcés d'une seule voix par la communauté internationale.

D'importants accords régionaux attestent également la nature des armes nucléaires. Voir l'accord de Paris du 23 octobre 1954 sur l'adhésion de la République fédérale d'Allemagne à l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord, notamment l'article I *a)* de l'annexe II du protocole III concernant le contrôle des armements, selon lequel les armes nucléaires sont des armes de destruction massive. Dans le préambule du traité de Tlatelolco de 1967, dont le protocole additionnel II a été signé et ratifié par les cinq Etats dotés d'armes nucléaires, il est dit que les parties sont convaincues:

> «Que la puissance destructrice incalculable des armes nucléaires exige que l'interdiction juridique de la guerre soit strictement observée dans la pratique, pour sauvegarder l'existence même de la civilisation et de l'humanité.
>
> Que les armes nucléaires, dont les terribles effets atteignent sans distinction et sans merci les forces armées et la population civile, constituent, vu la persistance de la radioactivité qu'elles engendrent, une atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine et risquent de rendre finalement toute la terre inhabitable.»

The first two preambular paragraphs of the 1985 South Pacific Nuclear Free Zone Treaty (the Treaty of Rarotonga), Protocol 2 of which has been signed and ratified by two of the five NWS and signed by the remaining three, likewise recorded that the parties were

> "Gravely concerned that the continuing nuclear arms race presents the risk of nuclear war which would have devastating consequences for all people;
>
> Convinced that all countries have an obligation to make every effort to achieve the goal of eliminating nuclear weapons, the terror which they hold for humankind and the threat which they pose to life on earth."

The Court has also referred to the more recently signed treaties on nuclear-free zones relating to South-East Asia and Africa.

A position similar in principle to those mentioned above was taken in agreements between two of the NWS. In the preamble to a 1971 Agreement on Measures to Reduce the Risk of Outbreak of Nuclear War, the United States of America and the Soviet Union stated that they were "[t]aking into account the devastating consequences that nuclear war would have for all mankind". The substance of that statement was repeated in later agreements between those States, namely, in the 1972 Anti-Ballistic Missile Treaty, in a 1973 Agreement on the Prevention of Nuclear War, in a 1979 Treaty on the Limitation of Strategic Offensive Arms, and in the 1987 Intermediate-Range and Shorter-Range Missiles Treaty.

It was argued by some States that the purpose of possessing nuclear weapons is, paradoxically, to ensure that they are never used, and that this is shown by the circumstance that it has been possible to keep the peace, as among the NWS, during the last 50 years through policies of nuclear deterrence. Other States doubted the existence of the suggested link of causation, attributing that result to luck or chance, pointing to occasions when such weapons were nearly used, and adverting to a number of wars and other situations of armed conflict which have in fact occurred outside of the territories of the NWS. Assuming, however, that such a link of causation can be shown, a question which remains is why should policies of nuclear deterrence have kept the peace as among the NWS. A reasonable answer is that each NWS itself recognized that it faced the risk of national destruction. The record before the Court indicates that that destruction will not stop at the frontiers of warring States, but can extend to encompass the obliteration of the human species.

Dans les deux premiers alinéas du préambule du traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud (traité de Rarotonga), dont le protocole 2 a été signé et ratifié par deux des cinq Etats dotés de l'arme nucléaire et signé par les trois autres Etats, il est dit également que les parties sont:

> «Gravement préoccupées par le fait que la poursuite de la course aux armements nucléaires comporte le risque d'une guerre nucléaire qui aurait des conséquences dévastatrices pour tous les peuples;
>
> Convaincues que tous les pays ont l'obligation de ne négliger aucun effort pour atteindre l'objectif de l'élimination des armes nucléaires, de la terreur qu'elles présentent pour l'humanité et de la menace qu'elles constituent pour la vie sur la terre.»

La Cour a fait mention également des deux traités signés plus récemment qui portent création de zones exemptes d'armes nucléaires respectivement en Asie du Sud-Est et en Afrique.

Une position similaire en principe aux positions susmentionnées a été prise dans des accords entre deux des Etats dotés d'armes nucléaires. Dans le préambule de l'accord de 1971 relatif à certaines mesures destinées à réduire le risque de déclenchement d'une guerre nucléaire, les Etats-Unis d'Amérique et l'Union soviétique ont déclaré prendre en considération «les conséquences désastreuses qu'une guerre nucléaire aurait pour l'humanité tout entière». Cette déclaration a été reprise pour l'essentiel dans des accords conclus postérieurement entre les deux Etats, notamment dans le traité de 1972 concernant la limitation des systèmes antimissiles balistiques, dans un accord de 1973 concernant la prévention de la guerre nucléaire, dans un traité de 1979 concernant la limitation des armes stratégiques offensives et dans le traité de 1987 sur l'élimination des missiles à portée intermédiaire et à plus courte portée.

Certains Etats ont fait valoir que la possession d'armes nucléaires vise, paradoxalement, à garantir que celles-ci ne seront jamais utilisées et que cela est démontré par le fait qu'il a été possible de maintenir la paix, comme cela a été le cas entre les Etats dotés d'armes nucléaires, au cours des cinquante années écoulées par le biais de politiques de dissuasion nucléaire. D'autres Etats ont mis en doute le lien de causalité allégué et mis ce résultat sur le compte de la chance ou du hasard, en relevant que ces armes avaient été près d'être employées dans certaines occasions et en appelant l'attention sur un certain nombre de guerres et autres situations de conflit armé qui s'étaient déroulées en dehors du territoire des Etats dotés d'armes nucléaires. Toutefois, à supposer qu'on pourrait démontrer l'existence d'un tel lien de causalité, il resterait à expliquer pourquoi des politiques fondées sur la dissuasion nucléaire ont maintenu la paix comme dans le cas des Etats dotés d'armes nucléaires. Une réponse raisonnable consiste à dire que chacun de ces Etats a pris conscience qu'il courait le risque de la destruction de sa nation. Il ressort des éléments présentés à la Cour qu'une telle destruction ne s'arrêterait pas aux frontières des Etats belligérants, mais qu'elle pourrait s'étendre au point d'entraîner l'anéantissement de l'espèce humaine.

Other weapons are also members of the category of weapons of mass destruction to which nuclear weapons belong. However, nuclear weapons are distinguishable in important ways from all other weapons, including other members of that category. In the words of the Court:

> "[N]uclear weapons are explosive devices whose energy results from the fusion or fission of the atom. By its very nature, that process, in nuclear weapons as they exist today, releases not only immense quantities of heat and energy, but also powerful and prolonged radiation. According to the material before the Court, the first two causes of damage are vastly more powerful than the damage caused by other weapons, while the phenomenon of radiation is said to be peculiar to nuclear weapons. These characteristics render the nuclear weapon potentially catastrophic. The destructive power of nuclear weapons cannot be contained in either space or time. They have the potential to destroy all civilization and the entire ecosystem of the planet." (Advisory Opinion, para. 35.)

And a little later:

> "[I]t is imperative for the Court to take account of the unique characteristics of nuclear weapons, and in particular their destructive capacity, their capacity to cause untold human suffering, and their ability to cause damage to generations to come." (*Ibid.*, para. 36.)

Even if it is possible that, scientifically considered, other weapons of mass destruction, such as biological and chemical weapons, can also annihilate mankind, the question is not merely whether a weapon can do so, but whether the evidence shows that the international community considers that it can. The evidence was not specifically directed to this purpose in the case of other weapons; in the case nuclear weapons, it was, however, directed to that purpose and, the Court could find, successfully so directed. Similar remarks would apply to other weapons, such as flame-throwers and napalm, which, though not capable of annihilating mankind, can undoubtedly cause shocking harm. Unlike the case of nuclear weapons, there was no material before the Court to suggest that, however appalling may be the effects produced by the use of such other weapons, the international community was on record as considering their use to be repugnant to its conscience.

It may be added that, once it is shown that the use of a weapon could annihilate mankind, its repugnance to the conscience of the international community is not materially diminished by showing that it need not have that result in every case; it is not reasonable to expect that the conscience of the international community will, both strangely and impossibly, wait

Les armes nucléaires ne sont pas les seules armes à ranger dans la catégorie des armes de destruction massive, mais elles se distinguent nettement de toutes les autres armes, y compris les autres armes faisant partie de cette catégorie. Je cite la Cour:

> «les armes nucléaires sont des engins explosifs dont l'énergie procède de la fusion ou de la fission de l'atome. Par sa nature même, ce processus, dans le cas des armes nucléaires telles qu'elles existent aujourd'hui, libère non seulement d'énormes quantités de chaleur et d'énergie, mais aussi un rayonnement puissant et prolongé. Selon les éléments en possession de la Cour, les deux premières sources de dommages sont bien plus puissantes qu'elles ne le sont dans le cas d'autres armes, cependant que le phénomène du rayonnement est considéré comme particulier aux armes nucléaires. De par ces caractéristiques, l'arme nucléaire est potentiellement d'une nature catastrophique. Le pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète.» (Avis consultatif, par. 35.)

Un peu plus loin, la Cour déclare:

> «il est impératif que la Cour tienne compte des caractéristiques uniques de l'arme nucléaire, et en particulier de sa puissance destructrice, de sa capacité d'infliger des souffrances indicibles à l'homme, ainsi que de son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir» (*ibid.*, par. 36).

Même s'il est possible que, d'un point de vue scientifique, d'autres armes de destruction massive, comme les armes biologiques et chimiques, puissent également anéantir l'humanité, la question n'est pas seulement de savoir si une arme a ce pouvoir, mais si les éléments dont on dispose montrent que la communauté internationale considère qu'une arme a ce pouvoir. Les éléments présentés à la Cour ne concernaient pas précisément cet aspect dans le cas d'autres armes; toutefois, dans le cas des armes nucléaires, c'était le cas et la Cour a estimé que la démonstration avait été concluante. Des remarques analogues pourraient s'appliquer à d'autres armes, comme les lance-flammes et le napalm, qui, sans aller jusqu'à pouvoir anéantir l'humanité, peuvent néanmoins infliger des dommages considérables. Contrairement au cas des armes nucléaires, les éléments présentés à la Cour ne permettent pas de conclure que, tout terrifiants que puissent être les effets produits par l'emploi de ces autres armes, la communauté internationale considère un tel emploi comme inacceptable pour sa conscience.

On ajoutera que, une fois établi que l'emploi d'une arme peut anéantir l'humanité, son caractère inacceptable pour la conscience de la communauté internationale n'est pas diminué matériellement par le fait qu'il n'est pas nécessaire que cette arme ait ce résultat dans chaque cas; on ne peut raisonnablement demander à la conscience de la communauté inter-

on the event to see if the result of any particular use is the destruction of the human species. The operative consideration is the risk of annihilation. That result may not ensue in all cases, but the risk that it can inheres in every case. The risk may be greater in some cases, less in others; but it is always present in sufficient measure to render the use of nuclear weapons unacceptable to the international community in all cases. In my view, the answer to the question of repugnance to the conscience of the international community governs throughout.

In sum, the Court could conclude, in accordance with its findings in paragraph 35 of its Advisory Opinion, that the international community as a whole considers that nuclear weapons are not merely weapons of mass destruction, but that there is a clear and palpable risk that their use could accomplish the destruction of mankind, with the result that any such use would be repugnant to the conscience of the community. What legal consequences follow will be examined later.

4. Neutrality

A question was raised as to whether damage resulting to a neutral State from use of nuclear weapons in the territory of a belligerent State is a violation of the former's neutrality. I accept the affirmative answer suggested in Nauru's statement in the parallel case brought by the World Health Organization, as set out in paragraph 88 of the Court's Advisory Opinion. A number of incidents collected in the books does not persuade me to take a different view[5].

The principle, as stated in Article 1 of Hague Convention No. 5 of 1907 Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land, is that "[t]he territory of neutral powers is inviolable". The principle has not been understood to guarantee neutral States absolute immunity from the effects of armed conflict; the original purpose, it is said, was to preclude military invasion or bombardment of neutral territory, and otherwise to define complementary rights and obligations of neutrals and belligerents.

It is difficult, however, to appreciate how these considerations can operate to justify the use of nuclear weapons where the radiation effects which they emit extend to the inhabitants of neutral States and cause damage to them, their offspring, their natural resources, and possibly put them under the necessity to leave their traditional homelands. The state-

[5] See, for example, Roberto Ago, Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part I, pp. 35-36, para. 50.

nationale que, chose aussi étrange qu'impossible, elle attende que se produise l'événement pour voir si le résultat de l'emploi d'une arme donnée cause l'anéantissement de l'espèce humaine. La considération déterminante, c'est le risque d'un tel anéantissement. Ce résultat peut ne pas se produire dans tous les cas, mais le risque est intrinsèque dans chaque cas. Le risque peut être plus élevé dans certains cas que dans d'autres; mais il est toujours suffisamment présent pour rendre l'emploi d'armes nucléaires inacceptable à la communauté internationale dans tous les cas. Selon moi, la réponse à la question de la répulsion qu'éprouve la conscience de la communauté internationale est toujours déterminante.

En résumé, la Cour pourrait conclure, conformément à ses conclusions énoncées au paragraphe 35 de son avis consultatif, que la communauté internationale dans son ensemble considère que non seulement les armes nucléaires sont des armes de destruction massive, mais également qu'il existe un risque évident et tangible que leur emploi provoque l'anéantissement de l'humanité, ce qui ferait qu'un tel emploi répugnerait à la conscience de la communauté. Nous examinerons plus loin les implications juridiques de cette affirmation.

4. La neutralité

On a posé la question de savoir si les dommages causés à un Etat neutre par l'utilisation d'armes nucléaires sur le territoire d'un Etat belligérant constitue une violation de sa neutralité et je fais mienne la réponse affirmative donnée par Nauru dans son exposé à propos de l'affaire parallèle dont la Cour a été saisie par l'Organisation mondiale de la Santé, telle qu'elle est énoncée au paragraphe 88 du présent avis consultatif. Un certain nombre d'incidents relatés par la doctrine ne m'incitent pas à adopter une vue différente[5].

Le principe, tel qu'il est énoncé à l'article premier de la cinquième convention de La Haye de 1907 concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, est que «[l]e territoire des puissances neutres est inviolable». Ce principe n'a pas été conçu pour garantir aux Etats neutres une immunité absolue à l'égard des effets d'un conflit armé; le but original, nous dit-on, était d'empêcher une invasion militaire ou un bombardement d'un territoire neutre et, par ailleurs, de définir les droits et obligations complémentaires des neutres et des belligérants.

Toutefois, on voit mal comment ces considérations peuvent justifier l'emploi d'armes nucléaires lorsque les effets des rayonnements qu'elles émettent s'étendent aux habitants d'Etats neutres, leur causent des dommages à eux-mêmes, à leurs enfants et à leurs ressources naturelles et risquent de les contraindre à quitter leur patrie. Il n'est pas difficile

[5] Voir, par exemple, Roberto Ago, «Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats», *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, première partie, p. 35-36, par. 50.

ment of an inhabitant of the Marshall Islands left little to be imagined. Considered in relation to the more dramatic catastrophe immediately produced and the military value to the user State, these effects may be spoken of as by-products of the main event; but, as argued above, that classification is without legal pertinence. The "by-products" are not remote economic or social consequences. Whether direct or indirect effects, they result from the use of nuclear weapons, for it is a property of such weapons that they emit radiation; their destructive effect on the enemy is largely due to their radiation effects. Such radiation has a high probability of transboundary penetration.

To say that these and other transboundary effects of the use of nuclear weapons do not violate the neutrality of third States in the absence of belligerent incursion or transboundary bombardment is to cast too heavy a burden on the proposition that neutrality is not an absolute guarantee of immunity to third States against all possible effects of the conduct of hostilities. The Fifth Hague Convention of 1907 does not define inviolability; nor does it say that the territory of a neutral State is violated only by belligerent incursion or bombardment. Accepting nevertheless that the object of the architects of the provision was to preclude military incursion or bombardment of neutral territory, it seems to me that that purpose, which was related to the then state of warfare, does not conclude the question whether, in terms of the principle, "the territory of neutral powers" is violated where that territory and its inhabitants are physically harmed by the effects of the use elsewhere of nuclear weapons in the ways in which it is possible for such harm to occur. The causes of the consequential suffering and the suffering itself are the same as those occurring in the zone of battle.

It was said, no doubt correctly, that no case was known in which a belligerent State had been held responsible for collateral damage in neutral territory for lawful acts of war committed outside of that territory. It may be recalled, however, that the possibilities of damage by nuclear fallout did not previously exist; because of technological limitations, damage on neutral territory, as a practical matter, could only be committed by incursion or bombardment, in which cases there would be acts of war committed on the neutral territory itself. To the extent that the *Trail Smelter* type of situation was likely to be a significant consequence of acts of war, the occurrence of concrete situations in the pre-nuclear period has not been shown to the Court. Thus, while no case may have occurred in which a belligerent State has been held responsible for collateral damage in neutral territory for lawful acts of war committed outside of that territory, that is decisive of the present case only if it can be shown that there is no responsibility even where substantial physical effects of acts of war carried out elsewhere demonstrably extend to neutral territory. That cannot be persuasively shown; principle is against

d'imaginer la réaction d'un habitant des Iles Marshall. Par rapport à la catastrophe plus impressionnante causée directement et à l'avantage militaire pour l'Etat qui utilise de telles armes, ces effets peuvent être qualifiés de conséquences secondaires de l'événement principal; mais, comme on l'a soutenu plus haut, ce genre de classification est sans pertinence juridique. Les «conséquences secondaires» ne sont pas des conséquences économiques ou sociales lointaines. Qu'il s'agisse d'effets directs ou indirects, ils résultent de l'emploi d'armes nucléaires, car celles-ci ont la propriété d'émettre des rayonnements; leur effet destructeur sur l'ennemi est dû en grande partie aux effets des rayonnements, et il est très probable que ces rayonnements auront des incidences transfrontières.

Dire que les effets des rayonnements et autres effets transfrontières de l'emploi d'armes nucléaires ne violent pas la neutralité d'Etats tiers en l'absence d'une incursion ou d'un bombardement transfrontière par un belligérant, c'est donner un sens qu'elle est loin d'avoir à la proposition selon laquelle la neutralité ne constitue pas pour des Etats tiers une garantie absolue d'immunité, à l'égard de tous les effets potentiels de la conduite d'hostilités. La cinquième convention de La Haye de 1907 ne définit pas l'inviolabilité; elle ne dit pas non plus que le territoire d'un Etat neutre est violé uniquement du fait d'une incursion ou d'un bombardement par un belligérant. Si l'on admet néanmoins que ceux qui ont conçu cette disposition entendaient empêcher l'invasion militaire ou le bombardement d'un territoire neutre, il me semble que cet objectif, qui était formulé dans le contexte des guerres de l'époque, ne règle pas la question de savoir si, sur le plan du principe, «le territoire des puissances neutres» est violé lorsque ce territoire et ses habitants subissent physiquement des dommages dus aux effets de l'utilisation d'armes nucléaires ailleurs, dans des circonstances où il est possible que de tels dommages se produisent. Les causes des souffrances qui s'ensuivent et les souffrances elles-mêmes sont identiques à celles ressenties dans la zone des combats.

On a prétendu, à juste titre, qu'on ne connaissait pas de cas où un Etat belligérant avait été tenu responsable de dommages concomitants occasionnés dans un territoire neutre par des actes de guerre licites commis hors de ce territoire. Il faut cependant rappeler que la possibilité de dommages occasionnés par des retombées radioactives n'existaient pas précédemment; en raison de limitations d'ordre technique, il n'était possible en pratique de causer des dommages sur un territoire neutre que par une invasion ou un bombardement, et dans ces cas on se trouvait en présence d'actes de guerre commis sur le territoire neutre lui-même. Dans la mesure où le type de situation qui existait dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* était vraisemblablement une conséquence importante d'actes de guerre, la survenance de situations concrètes dans la période prénucléaire n'a pas été démontrée à la Cour. Ainsi, s'il n'y a peut-être pas eu de cas où un Etat belligérant a été tenu responsable de dommages concomitants occasionnés dans un territoire neutre par des actes de guerre licites commis en dehors de ce territoire, on ne peut en tirer argument en l'espèce qu'à condition de démontrer l'absence de toute responsabilité,

it. The causative act of war would have had the consequence of physically violating the territory of the neutral State. The 1907 Hague principle that the territory of a neutral State is inviolable would lose much of its meaning if in such a case it was not considered to be breached.

5. Belligerent Reprisal

The question was argued whether, assuming that the use of nuclear weapons was otherwise unlawful, such use might nevertheless be lawful for the exceptional purposes of belligerent reprisal (i.e., as distinguished from reprisals in situations other than those of armed conflict). It seems to me, however, that there is not any necessity to examine this aspect in an opinion devoted to showing that "the current state of international law, and . . . the elements of fact at its disposal" did not prevent the Court from concluding

> "definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake" (Advisory Opinion, para. 105 (2) E).

The use of nuclear weapons in belligerent reprisal, if lawful, would be equally open to an aggressor State and to a State acting in self-defence. This being so, an enquiry into the lawfulness of the use of such weapons in belligerent reprisal would not materially promote analysis of the question whether they may be lawfully used in self-defence, this being the question presented by the Court's holding.

6. There Is No Non Liquet

The commentators suggest that some decisions of the Court could be understood as implying a *non liquet*. It is possible that the second part of subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph of the Court's Advisory Opinion will be similarly interpreted. If that is the correct interpretation, I respectfully differ from the position taken by the Court.

To attract the idea of a *non liquet* in this case, it would have to be shown that there is a gap in the applicability of whatever may be the correct principles regulating the question as to the circumstances in which a State may be considered as having or as not having a right to act.

If, as it is said, international law has nothing to say on the subject of the legality of the use of nuclear weapons, this necessarily means that

même lorsqu'il est établi que des effets physiques importants d'actes de guerre commis ailleurs se font sentir en territoire neutre. Cela ne peut être démontré de manière convaincante, car on se heurte au principe applicable en la matière. L'acte qui a causé la guerre aurait eu la conséquence de violer matériellement le territoire de l'Etat neutre. Le principe de la convention de La Haye de 1907, selon lequel le territoire des puissances neutres est inviolable, perdrait beaucoup de sa signification si, dans un tel cas, on ne considérait pas qu'il a été porté atteinte à ce principe.

5. Représailles en temps de conflit armé

On s'est demandé si, en admettant que l'emploi d'armes nucléaires est illicite dans d'autres circonstances, un tel emploi pourrait néanmoins être licite exceptionnellement dans le cas de représailles en temps de conflit armé (qu'il convient de distinguer des représailles exercées dans des situations autres qu'un tel conflit). Il me semble cependant qu'il n'est nullement besoin d'examiner cet aspect dans un avis où l'on s'efforce d'établir que «l'état actuel du droit international, ainsi que les éléments de fait dont elle dispose», n'empêchait pas la Cour de conclure

> «de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause» (avis consultatif, dispositif, par. 2 E).

Si l'emploi d'armes nucléaires est licite à titre de représailles en temps de conflit armé, une telle possibilité serait également ouverte à un Etat agresseur et à un Etat exerçant son droit de légitime défense. Dans ce cas, l'examen de la licéité de l'emploi de telles armes à titre de représailles en temps de conflit armé ne serait pas de nature à favoriser matériellement l'analyse de la question de savoir si de telles armes peuvent être employées licitement dans l'exercice de la légitime défense, qui est la question posée par la conclusion de la Cour.

6. Il n'y a pas de non liquet

Les commentateurs laissent entendre que certaines conclusions de la Cour pourraient être considérées implicitement comme un *non liquet*. Il est possible que la seconde phrase de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour soit interprété de cette manière. Si cette interprétation est exacte, je ne souscris pas à la position adoptée par la Cour.

Pour tirer argument d'un *non liquet* en l'espèce, il faudrait établir qu'il existe une faille dans l'applicabilité des principes corrects, quels qu'ils soient, régissant la question des circonstances dans lesquelles un Etat peut être considéré comme ayant ou n'ayant pas le droit d'agir.

Si, comme on le prétend, le droit international n'a rien à dire au sujet de la licéité de l'emploi d'armes nucléaires, cela signifie nécessairement

international law does not include a rule prohibiting such use. On the received view of the *"Lotus"* decision, absent such a prohibitory rule, States have a right to use nuclear weapons.

On the other hand, if that view of *"Lotus"* is incorrect or inadequate in the light of subsequent changes in the international legal structure, then the position is that States have no right to use such weapons unless international law authorizes such use. If international law has nothing to say on the subject of the use of nuclear weapons, this necessarily means that international law does not include a rule authorizing such use. Absent such authorization, States do not have a right to use nuclear weapons.

It follows that, so far as this case at any rate is concerned, the principle on which the Court acts, be it one of prohibition or one of authorization, leaves no room unoccupied by law and consequently no space available to be filled by the *non liquet* doctrine or by arguments traceable to it. The fact that these are advisory proceedings and not contentious ones makes no difference; the law to be applied is the same in both cases.

7. The General Assembly's Call for a Convention

Putting aside the question of the possible law-making effect or influence of General Assembly resolutions, did its resolutions on this matter really take the position that the use of nuclear weapons was contrary to existing law? Arguing that that was not the position taken, some States point to the fact that the resolutions also called for the conclusion of a convention on the subject.

However, as the case of the Genocide Convention shows, the General Assembly could well consider that certain conduct would be a crime under existing law and yet call for the conclusion of a convention on the subject. Its resolution 96 (I) of 11 December 1946, which called for the preparation of "a draft convention on the crime of genocide", also affirmed "that genocide is a crime under international law . . ." It was likewise that, in its resolution of 14 December 1978, the General Assembly declared

> "that
>
> *(a)* the use of nuclear weapons will be a violation of the Charter of the United Nations and a crime against humanity;
>
> *(b)* the use of nuclear weapons should therefore be prohibited, pending nuclear disarmament".

It was on this basis that the resolution then passed on to mention the future discussion of an international convention on the subject.

que le droit international ne comporte pas une règle interdisant un tel emploi. Selon l'opinion généralement admise à propos de la décision dans l'affaire du *Lotus*, en l'absence d'une telle règle prohibitive, les Etats ont le droit d'employer des armes nucléaires.

En revanche, si cette interprétation de la décision dans l'affaire du *Lotus* est inexacte ou inadéquate à la lumière des changements survenus par la suite dans la structure juridique internationale, il s'ensuit que les Etats n'ont aucun droit d'employer de telles armes, à moins que le droit international n'autorise un tel emploi. Si le droit international n'a rien à dire au sujet de l'emploi d'armes nucléaires, cela signifie nécessairement que le droit international ne comporte pas une règle autorisant un tel emploi. En l'absence d'une telle autorisation, les Etats n'ont pas le droit d'employer des armes nucléaires.

Il s'ensuit, en tout cas en l'espèce, que le principe sur lequel la Cour se fonde, qu'il s'agisse d'un principe d'interdiction ou d'un principe d'autorisation, ne laisse aucun espace inoccupé par le droit et donc aucun espace qui pourrait être comblé par la doctrine du *non liquet* ou par des arguments qui s'en inspirent. Peu importe qu'on se trouve dans le cadre d'une procédure consultative et non d'une procédure contentieuse: le droit applicable est le même dans les deux cas.

7. L'appel lancé par l'Assemblée générale en faveur de la conclusion d'une convention

Nous laisserons de côté le point de savoir si les résolutions de l'Assemblée générale sont susceptibles d'avoir un effet ou une influence de nature législative pour nous demander si ses résolutions à cet égard établissent réellement que l'emploi d'armes nucléaires est contraire au droit existant. Certains Etats, qui soutiennent que telle n'est pas la position de l'Assemblée, soulignent le fait que, dans ses résolutions, l'Assemblée a demandé également la conclusion d'une convention sur ce sujet.

Cependant, comme le montre l'exemple de la convention relative au crime de génocide, l'Assemblée générale a pu considérer qu'un certain comportement constituerait un crime au regard du droit existant tout en lançant un appel en faveur de la conclusion d'une convention sur ce sujet. Dans sa résolution 96 (I) du 11 décembre 1946, elle a demandé de rédiger «un projet de Convention sur le crime de génocide» et affirmé aussi «que le génocide est un crime de droit des gens...» De même, dans sa résolution du 14 décembre 1978, l'Assemblée générale a déclaré

> «que
>
> *a)* le recours aux armes nucléaires constituera une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité;
>
> *b)* le recours aux armes nucléaires doit donc être interdit, en attendant le désarmement nucléaire».

C'est sur cette base que la résolution en est ensuite venue à mentionner l'examen futur de la question d'une convention internationale en la matière.

A convention may be useful in focusing the attention of national bodies on the subject, particularly in respect of any action which may have to be taken by them; it may also be helpful in clarifying and settling details required to implement the main principle, or more generally for the purpose of laying down a régime for dealing with the illegality in question. A call for a convention to prohibit a particular kind of conduct does not necessarily imply that the conduct was not already forbidden.

A further argument is that some of the later General Assembly resolutions adopted a more qualified formulation than that of earlier ones (see paragraph 71 of the Advisory Opinion). I do not assign much weight to this as indicative of a resiling from the position taken in earlier General Assembly resolutions to the effect that such use was contrary to existing international law. The later resolutions proceeded on the basis that that position had already and sufficiently been taken; they therefore contented themselves with simply recalling the primary resolution on the subject, namely, resolution 1653 (XVI) of 1961. Thus, while the language employed in the resolutions has varied from time to time, it is to be observed that in resolution 47/53 of 9 December 1992 the General Assembly reaffirmed "that the use of nuclear weapons would be a violation of the Charter of the United Nations and a crime against humanity, as declared in its resolutions 1653 (XVI) of 24 November 1961", and other cited resolutions.

The General Assembly's resolutions may reasonably be interpreted as taking the position that the threat or use of nuclear weapons was forbidden under pre-existing international law. The question is whether there is a sufficiency of fact and law to enable the Court to decide whether the position so taken by the General Assembly was correct. To the giving of an answer I proceed below.

PART II. WHETHER THE COURT COULD HOLD THAT STATES HAVE A RIGHT TO USE NUCLEAR WEAPONS HAVING REGARD TO THE GENERAL PRINCIPLES WHICH DETERMINE WHEN A STATE IS TO BE CONSIDERED AS HAVING A POWER

The General Assembly's question presents the Court, as a World Court, with a dilemma: to hold that States have a right to use nuclear weapons is to affirm that they have a right to embark on a course of conduct which could result in the extinction of civilization, and indeed in the dissolution of all forms of life on the planet, both flora and fauna. On the other hand, to deny the existence of that right may seem to contradict the *"Lotus"* principle, relied on by some States, to the effect that States have a sovereign right to do whatever is not prohibited under international

Une convention peut être utile en appelant l'attention des organes nationaux sur le sujet, en particulier en ce qui concerne toute mesure qu'ils pourraient devoir prendre; elle peut contribuer aussi à clarifier et préciser les modalités de mise en œuvre des principes de base ou, plus généralement, à concevoir un régime pour l'examen de l'illicéité en question. Le fait de demander la conclusion d'une convention interdisant un certain comportement n'implique pas nécessairement que le comportement en question n'était pas déjà interdit.

Un autre argument consiste à dire que certaines résolutions plus récentes de l'Assemblée générale ont adopté une formulation plus nuancée que celle utilisée dans des résolutions plus anciennes (voir le paragraphe 71 de l'avis consultatif). Je n'attache pas beaucoup de poids à cet argument qui laisse entendre qu'il y aurait là un abandon de la position adoptée dans des résolutions antérieures de l'Assemblée générale selon laquelle l'emploi d'armes nucléaires est contraire au droit international existant. Les résolutions postérieures sont parties de l'idée que cette position avait déjà été prise et qu'elle l'avait été à suffisance; elles se sont donc bornées à rappeler simplement la principale résolution en la matière, à savoir la résolution 1653 (XVI) de 1961. Les termes utilisés dans les résolutions ont sans doute varié de temps à autre, mais il faut noter que dans la résolution 47/53 du 9 décembre 1992 l'Assemblée générale a réaffirmé «que l'emploi d'armes nucléaires constituerait une violation de la Charte des Nations Unies et un crime contre l'humanité, comme elle l'a déclaré dans [sa] résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961» et dans d'autres résolutions citées.

Les résolutions de l'Assemblée générale peuvent raisonnablement être interprétées comme signifiant que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires étaient interdits au regard du droit international préexistant. La question est de savoir si les éléments de fait et de droit sont suffisants pour permettre à la Cour de décider si la position ainsi adoptée par l'Assemblée générale était correcte. C'est à cette question que je vais essayer à présent de répondre.

DEUXIÈME PARTIE. LA COUR POUVAIT-ELLE CONCLURE QUE LES ÉTATS ONT LE DROIT D'EMPLOYER DES ARMES NUCLEAIRES, EU EGARD AUX PRINCIPES GÉNÉRAUX QUI DÉTERMINENT QUAND UN ÉTAT DOIT ÊTRE CONSIDÉRÉ COMME DISPOSANT DE CERTAINS POUVOIRS?

La question de l'Assemblée générale pose un dilemme à la Cour, en tant que juridiction mondiale: conclure que les Etats ont le droit de recourir aux armes nucléaires, c'est affirmer qu'ils ont le droit d'adopter une ligne de conduite qui pourrait aboutir à l'anéantissement de la civilisation et la destruction de toutes les formes de vie sur la terre, qu'il s'agisse de la flore ou de la faune. Par ailleurs, nier l'existence de ce droit peut paraître contredire le principe du *Lotus*, qui est invoqué par certains Etats, selon lequel les Etats ont le droit souverain de faire tout ce qui

law, in this respect it being said that there is no principle of international law which prohibits the use of such weapons. The dilemma[6] was the subject of close debate. In my view, it was open to the Court to consider four possible solutions.

•

The first possible solution proceeds on the basis of the *"Lotus"* principle that a State has a right to do whatever is not prohibited, but it argues that an act which could lead to the extinction of mankind would necessarily involve the destruction of neutral States. This being so, the act cannot be justified under the rubric of self-defence. Therefore, even if, *quod non*, it is otherwise admissible under the *jus in bello*, the Court could hold that it is not covered by the *jus ad bellum* and is prohibited under Article 2, paragraph 4, of the Charter. The question of neutrality is dealt with in Part I, Section 4, above.

•

The second possible solution also proceeds on the basis of the *"Lotus"* principle. However, it argues that, due effect being given to the Charter and the Statute of the Court thereto annexed, by both of which the Court is bound, these instruments are not consistent with a State having a right to do an act which would defeat their fundamental assumption that civilization and mankind would continue: the Court could hold that, by operation of law, any such inconsistent act stands prohibited by the Charter.

•

The third possible solution also proceeds on the basis of the *"Lotus"* principle that a State has a right to do whatever is not prohibited under international law, but (as anticipated in Part I, Section 2, above) it argues that, even in the absence of a prohibition, that residual right does not extend to the doing of things which, by reason of their essential nature, cannot form the subject of a right, such as actions which could destroy mankind and civilization and thus bring to an end the basis on which

[6] The dilemma recalls that which confronted the learned judges of Persia when, asked by King Cambyses whether he could marry his sister, they made prudent answer "that though they could discover no law which allowed brother to marry sister, there was undoubtedly a law which permitted the king of Persia to do what he pleased". See *Herodotus, The Histories*, trans. Aubrey de Sélincourt, Penguin Books, 1959, p. 187. So here, an affirmative answer to the General Assembly's question would mean that, while the Court could discover no law allowing a State to put the planet to death, there is undoubtedly a law which permits the State to accomplish the same result through an exercise of its sovereign powers.

n'est pas interdit en droit international, et on soutient à cet égard qu'il n'existe aucun principe de droit international interdisant l'emploi de telles armes. Ce dilemme[6] a fait l'objet d'un intense débat. Selon moi, quatre solutions possibles s'offraient à la Cour.

*

La première solution possible consiste à partir du principe du *Lotus*, selon lequel un Etat a le droit de faire tout ce qui n'est pas interdit, mais en faisant valoir qu'un acte susceptible d'aboutir à l'anéantissement de l'humanité provoquerait nécessairement la destruction d'Etats neutres. Cela étant, cet acte ne peut être justifié au titre de la légitime défense. Dès lors, même si, *quod non*, un tel acte est admissible à d'autres égards selon le *jus in bello*, la Cour pourrait décider qu'il n'est pas couvert par le *jus ad bellum* et est interdit en vertu du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte. La question de la neutralité a été traitée plus haut à la section 4 de la première partie.

*

La deuxième solution possible part également du principe du *Lotus*. Mais on fait valoir ici qu'à bien considérer deux instruments au respect desquels la Cour est tenue, la Charte et le Statut de la Cour qui y est annexé, on constate qu'ils sont incompatibles avec le droit qu'aurait un Etat d'entreprendre une action qui réduirait à néant leur hypothèse de base, à savoir que la civilisation et l'humanité continueront d'exister. Et la Cour pourrait conclure qu'en vertu du droit tout acte incompatible de ce type est interdit par la Charte.

*

La troisième solution possible part aussi du principe du *Lotus*, selon lequel un Etat a le droit de faire tout ce qui n'est pas interdit en droit international. Mais (comme je l'ai laissé entendre plus haut à la section 2 de la première partie) on fait valoir ici que ce droit supplétif ne va pas jusqu'à autoriser à prendre des mesures qui, de par leur nature même, ne peuvent faire l'objet d'un droit, comme des actions qui pourraient détruire l'humanité et la civilisation, et donc réduire à néant la base sur laquelle

[6] Ce dilemme n'est pas sans rappeler celui qu'eurent à trancher les éminents juges de Perse, auxquels le roi Cambyse demandait s'il pouvait épouser sa sœur. Ils lui répondirent sagement «qu'ils ne voyaient aucune loi autorisant un frère à épouser sa sœur, mais qu'il existait assurément une loi permettant au roi de Perse de faire ce qui lui plaisait». Voir Hérodote, *Histoires*, traduit par Aubrey de Sélincourt, Penguin Books, 1959, p. 187. Dans la présente affaire, une réponse affirmative à la question de l'Assemblée générale signifierait que la Cour n'a pu trouver une loi autorisant un Etat à anéantir la planète, mais qu'il existe assurément une loi permettant à un Etat d'atteindre le même but dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs souverains.

States exist and in turn the basis on which rights and obligations exist within the international community.

There is not any convincing ground for the view that the *"Lotus"* Court moved off on a supposition that States have an absolute sovereignty which would entitle them to do anything however horrid or repugnant to the sense of the international community, provided that the doing of it could not be shown to be prohibited under international law. The idea of internal supremacy associated with the concept of sovereignty in municipal law is not neatly applicable when that concept is transposed to the international plane. The existence of a number of sovereignties side by side places limits on the freedom of each State to act as if the others did not exist. These limits define an objective structural framework within which sovereignty must necessarily exist[7]; the framework, and its defining limits, are implicit in the reference in *"Lotus"* to "co-existing independent communities" (*P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 18), an idea subsequently improved on by the Charter, a noticeable emphasis on co-operation having been added.

Thus, however far-reaching may be the rights conferred by sovereignty, those rights cannot extend beyond the framework within which sovereignty itself exists; in particular, they cannot violate the framework. The framework shuts out the right of a State to embark on a course of action which would dismantle the basis of the framework by putting an end to civilization and annihilating mankind. It is not that a State is prohibited from exercising a right which, but for the prohibition, it would have; a State can have no such right to begin with.

So a prior question in this case is this: even if there is no prohibition, is there anything in the sovereignty of a State which would entitle it to embark on a course of action which could effectively wipe out the existence of all States by ending civilization and annihilating mankind? An affirmative answer is not reasonable; that sovereignty could not include such a right is suggested by the fact that the acting State would be one of what the Permanent Court of International Justice, in the language of the times, referred to as "co-existing independent communities", with a consequential duty to respect the sovereignty of other States. It is difficult for the Court to uphold a proposition that, absent a prohibition, a State has

[7] The idea is evoked by the following remark of one writer:

> "For some authors, the existence of a *corpus juris* governing a decentralized, 'classless' society partakes of a miracle. I would rather say that it partakes of necessity. It is not in spite of, but on account of the heterogeneity of States in a society of juxtaposition that international law was brought into being and has developed. If international law did not exist, it would have to be invented." *[Translation by the Registry.]* Prosper Weil, "Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 237 (1992-VI), p. 36.

les Etats existent et, partant, la base sur laquelle reposent les droits et obligations régissant la communauté internationale.

Aucun argument convaincant ne permet de soutenir que dans l'affaire du *Lotus* la Cour serait partie de l'idée que les Etats ont une souveraineté absolue les habilitant à entreprendre n'importe quelle action, si horrible et détestable puisse-t-elle paraître aux yeux de la communauté internationale, dès lors qu'il n'est pas prouvé que cette action est interdite en droit international. L'idée de la suprématie interne associée à la notion de souveraineté en droit interne n'est pas applicable comme telle lorsqu'on transpose cette notion sur le plan international. La coexistence d'un certain nombre de souverainetés assigne des limites à la liberté de chaque Etat d'agir comme si les autres Etats n'existaient pas. Ces limites définissent un cadre structurel objectif dans lequel la souveraineté doit nécessairement exister[7]; le cadre ainsi que les limites qui le définissent sont implicites dans la référence faite dans l'affaire du *Lotus* à la «coexistence de ... communautés indépendantes» (*C.P.J.I. série A n° 10*, p. 18), idée qui a été précisée ultérieurement par la Charte grâce à l'accent qu'elle a mis spécialement sur la coopération.

Ainsi donc, si étendus que puissent être les droits découlant de la souveraineté, ces droits ne peuvent aller au-delà du cadre dans lequel la souveraineté elle-même existe; en particulier, ils ne peuvent violer ledit cadre. Celui-ci exclut qu'un Etat puisse avoir le droit d'entreprendre une action qui démantèlerait la base du cadre en anéantissant la civilisation et l'humanité. Cela ne signifie pas qu'il est interdit à un Etat d'exercer un droit qu'il aurait, sauf en cas d'interdiction; en effet, un Etat ne saurait avoir un tel droit d'emblée.

Il faut donc poser une question préalable en l'espèce: même en l'absence d'interdiction, existe-t-il un élément dans la souveraineté de l'Etat qui autoriserait celui-ci à entreprendre une action qui mettrait fin effectivement à l'existence de tous les Etats en anéantissant la civilisation et l'humanité? Il n'est pas raisonnable de répondre à cette question par l'affirmative; la souveraineté ne peut comporter un tel droit, car l'Etat qui commettrait cet acte serait une de ces «communautés indépendantes» qui coexistent, selon l'expression utilisée à l'époque par la Cour permanente de Justice internationale, et il aurait donc l'obligation de respecter la souveraineté des autres Etats. On voit difficilement comment la Cour

[7] L'idée est évoquée par la remarque suivante d'un auteur:

> «Pour certains auteurs l'existence d'un *corpus juris* régissant une société décentralisée et horizontale relève du miracle. Je dirais plutôt qu'elle relève de la nécessité. Ce n'est pas en dépit, mais à cause de l'hétérogénéité des Etats dans une société de juxtaposition que le droit international a été créé et s'est développé. Si le droit international n'existait pas, il faudrait l'inventer.» (Prosper Weil, «Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 237 (1992), p. 36.)

a right in law to act in ways which could deprive the sovereignty of all other States of meaning.

•

The fourth possible solution is this: if the *"Lotus"* principle leaves a State free to embark on any action whatsoever provided it is not prohibited — a proposition strongly supported by some States and as strenuously opposed by others — then, for the purposes of these proceedings at any rate, that case may be distinguished. The case did not relate to any act which could bring civilization to an end and annihilate mankind. It does not preclude a holding that there is no right to do such an act unless the act is one which is authorized under international law.

This fourth solution calls for fuller consideration than the others. It will be necessary to take account of three developments which bear on the extent to which modes of legal thought originating in an earlier age are applicable in today's world.

First, as set out in Article 2, paragraph 4, of the Charter, and following on earlier developments, the right of recourse to force has come under a major restriction. This is a significant movement away from the heavy emphasis on individual sovereignty which marked international society as it earlier existed. The point was stressed by the Philippines and Samoa.

Second, there have been important developments concerning the character of the international community and of inter-State relations. While the number of States has increased, international relations have thickened; the world has grown closer. In the process, there has been a discernible movement from a select society of States to a universal international community. Thus it was that in 1984 a Chamber of the Court could speak of "the co-existence and vital co-operation of the members of the international community" (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, I.C.J. Reports 1984*, p. 299, para. 111). The earlier legal outlook has not lost all relevance. It is reasonably clear, however, that the previous stress on the individual sovereignty of each State considered as *hortus conclusus* has been inclining before a new awareness of the responsibility of each State as a member of a more cohesive and comprehensive system based on co-operation and interdependence.

These new developments have in part been consecrated by the Charter, in part set in motion by it. Their effect and direction were noticed by Judge Alvarez (*Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of Charter), 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 68, separate opinion). Doubts about his plea for a new international law did not obscure the fact that he was not alone in his central theme. Other judges observed that it was

"an undeniable fact that the tendency of all international activities in

pourrait faire sienne la thèse selon laquelle, en l'absence d'une interdiction, un Etat est fondé en droit à adopter un comportement qui aurait pour effet de vider de son contenu la souveraineté de tous les autres Etats.

•

Une quatrième solution s'offre à la Cour: si le principe énoncé dans l'affaire du *Lotus* permet à un Etat de faire tout ce qui n'est pas interdit — thèse qui est vigoureusement appuyée par certains Etats et tout aussi fermement rejetée par d'autres Etats —, il faut cependant bien circonscrire cette affaire, aux fins de celle que nous examinons. L'affaire du *Lotus* n'avait trait à aucun acte susceptible d'anéantir la civilisation et l'humanité. Elle n'interdit pas de conclure qu'il n'existe aucun droit de commettre un tel acte, sauf s'il s'agit d'un acte autorisé en droit international.

Cette quatrième solution mérite qu'on s'y arrête plus longuement que sur les autres. Il nous faudra examiner trois faits nouveaux qui ont une incidence sur l'applicabilité dans le monde d'aujourd'hui de modes de pensée juridiques remontant à une époque antérieure.

En premier lieu, comme cela ressort du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte et à la suite d'une évolution amorcée plus tôt, le droit de recourir à la force a fait l'objet d'une restriction importante. On ne met plus aussi fortement l'accent sur la souveraineté individuelle que le faisait autrefois la société internationale. Ce point a été souligné par les Philippines et le Samoa.

En deuxième lieu, une évolution importante s'est produite en ce qui concerne les notions de «communauté internationale» et de «relations entre Etats». A mesure que le nombre des Etats s'accroissait, les relations internationales ont gagné en densité et le monde s'est resserré. D'un petit club d'Etats, on est vraiment passé à une communauté internationale universelle. C'est ainsi qu'une chambre de la Cour a pu évoquer en 1984 «la coexistence et la coopération vitale des membres de la communauté internationale» (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, C.I.J. Recueil 1984*, p. 299, par. 111). La conception juridique qui prévalait autrefois n'a pas perdu toute consistance, mais il est indéniable que l'accent mis autrefois sur la souveraineté individuelle de chaque Etat considéré comme un *hortus conclusus* a fait place à une meilleure prise de conscience de la responsabilité de chaque Etat en tant que membre d'un système plus cohérent et plus général, fondé sur la coopération et l'interdépendance.

Cette évolution a été en partie consacrée par la Charte, et en partie amorcée par elle. M. Alvarez a pris note des effets et du sens de cette évolution (*Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948*, p. 68, opinion individuelle). Les doutes suscités par son plaidoyer pour un nouveau droit international n'ont pas obscurci le fait qu'il n'était pas le seul à penser, comme d'autres juges l'ont relevé, que:

«[i]l est indéniable que toutes les activités internationales ont tendu

> recent times has been towards the promotion of the common welfare of the international community with a corresponding restriction of the sovereign power of individual States" (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951*, p. 46, joint dissenting opinion of Judges Guerrero, Sir Arnold McNair, Read and Hsu Mo).

Though elsewhere critical of "the theory which reduces the rights of States to competences assigned and portioned by international law"[8], Judge De Visscher, for his part, observed that "[t]he Charter has created an international system", and added:

> "[I]n the interpretation of a great international constitutional instrument, like the United Nations Charter, the individualistic concepts which are generally adequate in the interpretation of ordinary treaties, do not suffice." (*International Status of South West Africa, I.C.J. Reports 1950*, p. 189, dissenting opinion.)

The Charter did not, of course, establish anything like world government; but it did organize international relations on the basis of an "international system"; and fundamental to that system was an assumption that the human species and its civilization would continue.

But, third, there have been developments working in the opposite direction, in the sense that it now, and for the first time, lies within the power of some States to destroy the entire system, and all mankind with it.

What lesson is to be drawn from these developments, the third being opposed to the first and the second?

The notions of sovereignty and independence which the *"Lotus"* Court had in mind did not evolve in a context which visualized the possibility that a single State could possess the capability of wiping out the practical existence both of itself and of all other States. The Court was dealing with a case of collision at sea and the criminal jurisdiction of States in relation thereto — scarcely an earth-shaking issue. Had its mind been directed to the possibility of the planet being destroyed by a minority of warring States, it is not likely that it would have left the position which it took without qualification. No more than this Court would have done when in 1986 it said that

> "in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise, whereby the level of armaments of a sovereign State can be limited, and this principle is valid for all States without exception" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), I.C.J. Reports 1986*, p. 135, para. 269).

[8] Charles De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, revised edition, trans. P. E. Corbett, 1968, p. 104.

> dans la période récente à la réalisation du bien-être commun de la communauté internationale, en limitant de ce fait la compétence souveraine des Etats particuliers» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, C.I.J. Recueil 1951*, p. 46, opinion dissidente collective de M. Guerrero, sir Arnold McNair, MM. Read et Hsu Mo).

Bien qu'à d'autres égards il se montre critique au sujet de la «théorie qui réduit les droits des Etats à des compétences assignées et réparties par le droit international»[8], M. Charles De Visscher, pour sa part, a noté que «[l]a Charte a donné naissance à un régime international» et il a ajouté que

> «l'interprétation d'un grand acte constitutionnel international comme la Charte des Nations Unies ne saurait s'inspirer des conceptions individualistes qui prévalent généralement dans l'interprétation des traités ordinaires» (*Statut international du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1950*, p. 189, opinion dissidente).

Bien entendu, la Charte n'a rien établi qui puisse être assimilé à un gouvernement mondial, mais elle a organisé les relations internationales sur la base d'un «système international», et un tel système repose sur la prémisse fondamentale que l'espèce humaine et la civilisation vont continuer d'exister.

En troisième lieu, cependant, une évolution en sens contraire s'est produite, à savoir qu'aujourd'hui, et pour la première fois dans l'histoire, certains Etats ont la capacité de détruire tout le système et, avec lui, l'humanité tout entière.

Quels sont les enseignements qui se dégagent de cette triple évolution, dont la troisième va en sens contraire de la première et de la deuxième?

Les notions de souveraineté et d'indépendance que la Cour avait à l'esprit en statuant dans l'affaire du *Lotus* ne s'inséraient pas dans un contexte où l'on entrevoyait la possibilité qu'un Etat aurait la capacité à lui seul de s'anéantir et d'anéantir avec lui tous les autres Etats. La Cour avait à examiner une affaire de collision en mer et la question de la compétence pénale des Etats à cet égard. On ne peut pas dire qu'il y avait là de quoi bouleverser les esprits. Si elle avait pu imaginer la possibilité qu'une minorité d'Etats belligérants pût anéantir la planète, elle aurait vraisemblablement nuancé la position qu'elle a prise, tout comme elle l'aurait fait en 1986, lorsqu'elle a déclaré que:

> «il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'Etat intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation du niveau d'armement d'un Etat souverain, ce principe étant valable pour tous les Etats sans distinction» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1986*, p. 135, par. 269).

[8] Charles De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, édition revisée, traduction de P. E. Corbett, 1968, p. 104.

Il n'était pas question en l'occurrence de l'emploi d'armes nucléaires; la déclaration de la Cour portait sur le droit d'un Etat de posséder un niveau d'armement, aucune question n'ayant été soulevée au sujet de la licéité du recours à un tel armement. Il faut se garder d'étendre la signification d'un dictum à un domaine qui n'était pas visé par la juridiction dont elle émane. Le fait que Badawi Pacha ait exprimé son désaccord à ce sujet n'enlève aucune valeur à son rappel des problèmes qui pourraient se poser

> «dès lors qu'on transpose une règle du cadre où elle s'est formée dans un autre cadre où, les dimensions n'étant pas les mêmes, elle ne peut s'accommoder avec l'aisance ancienne» (*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1949*, p. 215).

Il faut rappeler aussi que lord Finlay, dans son opinion dissidente à propos de l'affaire du *Lotus*, considérait que la question posée dans le compromis ne consistait pas à savoir s'il existait «une règle interdisant» l'exercice de poursuites pénales, mais si «les principes du droit international autorisent» un tel exercice (*C.P.J.I. série A n° 10*, p. 52). Dans les premières années qui ont suivi l'adoption de la Charte, M. Alvarez a contesté expressément le principe selon lequel les Etats ont «le droit ... de faire tout ce qui n'est pas expressément défendu par le droit international». Selon lui: «Ce principe, exact autrefois, sous le régime de la souveraineté absolue, ne l'est plus aujourd'hui.» (*Pêcheries, C.I.J. Recueil 1951*, p. 152, opinion individuelle.)

Je n'examinerai pas ici le point de savoir s'il est possible d'admettre une contestation aussi générale. En effet, il me semble qu'il est un aspect particulier qui est propre à l'affaire du *Lotus*. Cette distinction limitée porte sur le point ci-après. Dans quelque sens qu'elle se prononçât dans l'affaire du *Lotus*, la décision de la Cour pouvait s'accommoder dans le cadre d'une société internationale fondée sur la «coexistence de communautés indépendantes». Il n'en va pas de même lorsqu'on pose la question de savoir s'il existe un droit de recourir aux armes nucléaires. Si la Cour devait affirmer qu'un tel droit existe, elle attesterait l'existence d'un droit qui pourrait être utilisé pour détruire ce cadre et qui ne pourrait donc trouver à s'y accommoder. Quelque étendus que puissent être les pouvoirs dont dispose un Etat, rien ne permet de supposer que la Cour permanente de Justice internationale considérait qu'en l'absence d'une interdiction ils englobaient des pouvoirs dont l'exercice pourrait provoquer l'anéantissement de la civilisation et de l'humanité et donc détruire le cadre de la communauté internationale; il n'était pas question de pouvoirs de cette espèce. Dès lors qu'une action risque d'avoir des conséquences aussi apocalyptiques, le cas est différent et il n'empêche pas la Cour d'affirmer que les Etats n'ont pas le droit d'entreprendre une telle action, à moins d'établir, ce qui est improbable, que celle-ci est autorisée en droit international.

Il est de fait que le libellé (et, en particulier, le titre) des différents projets de convention annexés à un certain nombre de résolutions de l'Assemblée générale concernant les armes nucléaires s'inspire de la terminologie de l'interdiction. Toutefois, si l'on admet que la théorie correcte veut

authorization under international law has to be shown for the use of nuclear weapons, this would not prevent States from concluding a formal prohibitory treaty; the fact that the draft conventions were directed to achieving a prohibition does not invalidate the view that authorization has to be shown.

The terminology of prohibition is also to be found in the reasoning of the Tokyo District Court in *Shimoda* v. *The State*[9]. I do not consider that much can be made of this. The Tokyo District Court, being satisfied that the dropping of the bombs was prohibited under international law, was not called upon to consider whether, if there was no prohibition, it was necessary for an authorization to be shown; the received statement of the law being, in its view, sufficient for a holding of unlawfulness, a sense of judicial economy could make it unnecessary for the Court to enquire whether the same holding could be sustained on another basis.

Can the required authorization be shown in this case? It seems not. The Court is a creature of the Charter and the Statute. If it finds, as it should, that both the Charter and the Statute posit the continued existence of civilization and of mankind, it is difficult to see how it can avoid a holding that international law does not authorize a State to embark on a course of action which could ensue in the destruction of civilization and the annihilation of mankind.

PART III. WHETHER THE COURT COULD HOLD THAT THE USE OF NUCLEAR WEAPONS IS PROHIBITED BY HUMANITARIAN LAW

I propose now to consider the question of the legality of the use of nuclear weapons from the standpoint of some of the leading principles of humanitarian law (a term now generally used) which were in force at the commencement of the nuclear age. These principles relate to the right to choose means of warfare, the unnecessary suffering principle, and the Martens Clause.

1. The Methods or Means of Warfare

This customary international law principle is restated in Article 35, paragraph 1, of Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions of 1949 as follows: "In any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited." The principle has come under pressure from the continuing emergence of weapons with increasing destructive power, the tendency being to accept higher levels of destructiveness with growing powers of destruction. Its value would be further eroded if, as it is sometimes argued, all it does is to leave open the possibility that a weapon may be banned under some

[9] *The Japanese Annual of International Law*, No. 8, 1964, p. 235.

qu'on établisse que l'emploi des armes nucléaires est auto
international, ce fait n'empêche pas les Etats de conclure un
d'interdiction; le fait que les projets de convention visés ten
blir une interdiction n'infirme pas l'opinion selon laquelle l
doit être démontrée.

La terminologie de l'interdiction apparaît également dar
tion de la décision du tribunal de district de Tokyo dans l'affa
c. l'Etat[9]. Je ne crois pas qu'on puisse tirer de cela des cor
nettes. Le tribunal de district de Tokyo ayant acquis la con
largage des bombes était interdit en droit international, il
examiner si, en l'absence d'une interdiction, il était nécess
l'existence d'une autorisation; les arguments de droit lui pa
fisants pour conclure à l'illicéité, le sens de la réserve judic
amener le tribunal en question à se dispenser d'examiner s'il
d'arriver à la même conclusion sur une autre base.

Est-il possible d'établir l'existence de l'autorisation requis
Il semble que non. La Cour a été créée par la Charte et par
elle estime, comme elle devrait le faire, que tant la Charte
postulent la survie de la civilisation et de l'humanité, on ne
bien comment elle pourrait éviter de conclure que le droit
n'autorise pas un Etat à entreprendre une action qui risque
l'anéantissement de la civilisation et de l'humanité.

TROISIÈME PARTIE. LA COUR POUVAIT-ELLE CONCLURE QUE L'EMPLOI D'ARMES NUCLEAIRES EST INTERDIT PAR LE DROIT HUMANITAIRE?

Je me propose d'examiner à présent la question de la licéité
d'armes nucléaires du point de vue de certains des grands
droit humanitaire (un terme utilisé généralement aujourd'hui
en vigueur au début de l'ère nucléaire. Ces principes ont trai
choisir les moyens de guerre, au principe relatif aux maux s
la clause de Martens.

1. Les méthodes ou moyens de guerre

Ce principe du droit international coutumier est réaffirm
graphe 1 de l'article 35 du protocole additionnel I de 1977
tions de Genève de 1949 dans les termes ci-après: «Dans
armé, le droit des parties au conflit de choisir des méthodes o
guerre n'est pas illimité.» Le principe a été quelque peu batt
du fait de l'apparition continue d'armes dotées d'un pouvoir
tion sans cesse accru, la tendance étant d'accepter un seuil p
capacité de destruction à mesure que cette capacité devenait
On réduirait encore davantage la valeur de ce principe en

[9] *The Japanese Annual of International Law*, n° 8, 1964, p. 235.

law other than that setting out the principle itself; but that argument cannot be right since, if it is, the principle would not be laying down a norm of State conduct and could not therefore be called a principle of international law. Paragraph 77 of the Court's Advisory Opinion recognizes that the principle is one of international law; it is not meaningless. Nor is it spent; its continuing existence was attested to by General Assembly resolution 2444 (XXIII), adopted unanimously on 19 December 1968. By that resolution the General Assembly affirmed

> "resolution XXVIII of the XXth International Conference of the Red Cross held at Vienna in 1965, which laid down, *inter alia*, the following principles for observance by all governmental and other authorities responsible for action in armed conflicts:
>
> *(a)* that the right of the parties to a conflict to adopt means of injuring the enemy is not unlimited;
> *(b)* that it is prohibited to launch attacks against the civilian populations as such;
> *(c)* that distinction must be made at all times between persons taking part in the hostilities and members of the civilian population to the effect that the latter be spared as much as possible."

As is suggested by subparagraph *(a)*, the principle limiting the right to choose means of warfare subsists. Notwithstanding an impression of non-use, it is capable of operation. In what way? The principle may be interpreted as intended to exclude the right to choose some weapons. What these might be was not specified, and understandably so. Yet, if, as it seems, the principle can apply to bar the use of some weapons, it is difficult to imagine how it could fail to bar the use of nuclear weapons; difficulties which may exist in applying the rule in less obvious cases disappear as more manifest ones appear. But, of course, imagination is not enough; a juridical course of reasoning has to be shown. How?

A useful beginning is to note that what is in issue is not the existence of the principle, but its application in a particular case. Its application does not require proof of the coming into being of an *opinio juris* prohibiting the use of the particular weapon; if that were so, one would be in the strange presence of a principle which could not be applied without proof of an *opinio juris* to support each application.

But how can the principle apply in the absence of a stated criterion? If the principle can operate to prohibit the use of some means of warfare, it necessarily implies that there is a criterion on the basis of which it can be determined whether a particular means is prohibited. What can that implied criterion be? As seems to be recognized by the Court, humani-

comme on le fait parfois, qu'il se borne à ouvrir la possibilité qu'une loi vienne interdire une arme, sans énoncer le principe lui-même; mais cet argument ne peut être fondé, car s'il l'était, le principe n'établirait pas une norme de conduite pour les Etats et on ne pourrait donc le qualifier de principe de droit international. Au paragraphe 77 de son avis consultatif, la Cour reconnaît qu'il s'agit bien d'un principe de droit international. Il n'est pas plus dénué de sens qu'il n'est tombé en désuétude: son maintien en vigueur est attesté par la résolution 2444 (XXIII) de l'Assemblée générale, qui a été adoptée à l'unanimité le 19 décembre 1968. Par cette résolution, l'Assemblée générale a fait sienne

> «la résolution XXVIII adoptée en 1965 à Vienne par la XX[e] Conférence internationale de la Croix-Rouge, qui a posé notamment les principes suivants que doivent observer toutes les autorités, gouvernementales et autres, responsables de la conduite d'opérations en période de conflit armé, à savoir:
>
> *a)* que le droit des parties à un conflit armé d'adopter des moyens de nuire à l'ennemi n'est pas illimité;
>
> *b)* qu'il est interdit de lancer des attaques contre les populations civiles en tant que telles;
>
> *c)* qu'il faut en tout temps faire la distinction entre les personnes qui prennent part aux hostilités et les membres de la population civile, afin que ces derniers soient épargnés dans toute la mesure du possible».

Comme le laisse entendre l'alinéa *a)*, le principe limitant le droit de choisir les moyens de guerre subsiste. Même si l'on a l'impression qu'il n'est pas utilisé, il est possible de le mettre en œuvre. De quelle façon? On peut interpréter le principe comme ayant pour objet d'exclure le droit d'avoir recours à certaines armes. Ces armes n'ont pas été précisées, et cela peut se comprendre. Cependant, si, comme cela semble être le cas, le principe peut servir à interdire le recours à certaines armes, on voit mal comment il pourrait ne pas interdire le recours aux armes nucléaires; les difficultés que pose l'application de la règle dans des cas moins évidents disparaissent lorsque surviennent des cas plus patents. Bien entendu, l'imagination ne suffit pas, et il faut présenter un raisonnement juridique. Quel peut-il être?

On pourrait commencer utilement par noter que, ce qui est en cause, ce n'est pas l'existence du principe, mais son application dans un cas donné. Pareille application n'exige pas qu'on apporte la preuve de l'existence d'une *opinio juris* interdisant l'utilisation d'une arme en particulier; s'il en était ainsi, on se trouverait étrangement en présence d'un principe qui ne pourrait être appliqué sans qu'on apporte la preuve que chaque application est appuyée par une *opinio juris*.

Mais comment le principe peut-il s'appliquer en l'absence d'un critère bien établi? Si le principe peut servir à interdire le recours à certains moyens de guerre, cela implique nécessairement qu'il existe un critère sur la base duquel il est possible de déterminer si un moyen donné est interdit. Quel peut être ce critère implicite? Comme la Cour semble le recon-

tarian considerations are admissible in the interpretation of the law of armed conflict (see paragraphs 86 and 92 of the Court's Advisory Opinion). Drawing on those considerations, and taking an approach based on the principle of effectiveness, it is reasonable to conclude that the criterion implied by the principle in question is set by considering whether the use of the particular weapon is acceptable to the sense of the international community; it is difficult to see how there could be a right to choose a means of warfare the use of which is repugnant to the sense of the international community.

In relation to some weapons, it may be difficult to establish, with evidential completeness, what is the sense of the international community. But the use of nuclear weapons falls, as it were, at the broad end of a range of possibilities, where difficulties of that kind evaporate. Unlike the case of conventional weapons, the use of nuclear weapons can result in the annihilation of mankind and of civilization. As it has been remarked, if all the explosive devices used throughout the world since the invention of gunpowder were to detonate at the same time, they could not result in the destruction of civilization; this could happen if recourse were made to the use of nuclear weapons, and with many to spare. The principle limiting the right to choose means of warfare assumed that, whatever might be the means of warfare lawfully used, it would continue to be possible for war to be waged on a civilized basis in future. Thus, however free a State may be in its choice of means, that freedom encounters a limiting factor when the use of a particular type of weapon could ensue in the destruction of civilization.

It may be added that, in judging of the admissibility of a particular means of warfare, it is necessary, in my opinion, to consider what the means can do in the ordinary course of warfare, even if it may not do it in all circumstances. A conclusion as to what nuclear weapons can do in the ordinary course of warfare is not speculative; it is a finding of fact. In advisory proceedings, the Court can make necessary determinations of fact (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J. Reports 1971*, p. 27). For the reasons given, there is no difficulty in making one in this case.

In making a finding as to what is the sense of the international community, it is of course essential for the Court to consider the views held by States, provided that, for the reasons given above, there is no slippage into an assumption that, so far as concerns the particular principle in question, it is necessary to establish an *opinio juris* supportive of the existence of a specific rule prohibiting the use of nuclear weapons.

The views of States are available. The first General Assembly resolution, which was unanimously adopted on 24 January 1946, bears the interpretation that the General Assembly considered that the use of

naître, des considérations humanitaires sont admissibles dans l'interprétation du droit des conflits armés (voir paragraphes 86 et 92 de l'avis consultatif de la Cour). En partant de ces considérations, si on adopte une approche fondée sur le principe de l'effet utile, on peut raisonnablement conclure que le critère qui est implicite dans le principe en question consiste à examiner si l'emploi de l'arme visée est acceptable aux yeux de la communauté internationale; on voit difficilement comment on pourrait avoir le droit d'adopter un moyen de guerre dont l'utilisation répugne à la communauté internationale.

Pour ce qui est de certaines armes, il peut s'avérer difficile d'établir, d'une manière parfaitement probante, quel est le sentiment de la communauté internationale. Mais l'emploi d'armes nucléaires se situe à la pointe extrême d'une gamme de possibilités, là où des difficultés de ce type n'existent plus. Contrairement aux armes classiques, les armes nucléaires peuvent provoquer l'anéantissement de l'humanité et de la civilisation. Comme on l'a fait observer, si on faisait exploser en même temps tous les engins explosifs qui ont été utilisés dans le monde entier depuis l'invention de la poudre à canon, cela ne pourrait provoquer la destruction de la civilisation; mais ce résultat pourrait être atteint en n'employant qu'une petite partie des armes nucléaires. Le principe qui limitait le droit de choisir les moyens de guerre se fondait sur le postulat que, quels que soient les moyens de guerre utilisés de manière licite, il serait encore possible à l'avenir de mener la guerre sur une base civilisée. Ainsi, quelque libre que puisse être un Etat de choisir les moyens de guerre, cette liberté se heurte à une limite lorsque l'emploi d'un certain type d'armes peut aboutir à la destruction de la civilisation.

On pourrait ajouter que, pour juger de l'admissibilité d'un moyen de guerre donné, il faut, selon moi, tenir compte du résultat que ce moyen peut permettre d'atteindre dans le cours ordinaire de la guerre, même si ce résultat n'est pas atteint dans toutes les circonstances. La réponse à cette question, s'agissant d'armes nucléaires, ne relève pas de la spéculation; elle consiste à constater les faits. Dans le cadre de la procédure consultative, la Cour peut, lorsque c'est nécessaire, se prononcer sur les faits (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971*, p. 27). Pour les raisons déjà données, il n'est pas difficile de se prononcer sur les faits en l'espèce.

Pour établir quel est le sentiment de la communauté internationale, il est évidemment indispensable que la Cour examine les vues des Etats, à condition que, pour les raisons évoquées plus haut, on évite tout glissement consistant à admettre l'hypothèse selon laquelle, s'agissant du principe en question, il faut établir une *opinio juris* à l'appui de l'existence d'une règle spécifique interdisant l'emploi d'armes nucléaires.

Les vues des Etats sont connues. La première résolution de l'Assemblée générale, qui a été adoptée à l'unanimité le 24 janvier 1946, doit s'interpréter comme signifiant qu'aux yeux de l'Assemblée générale l'emploi

nuclear weapons is unacceptable to the international community; it is referred to above. Also there are the 1968 NPT and associated arrangements, dealt with more fully below. The Court may interpret these as amounting to a statement made both by the NWS and the NNWS to the effect that the actual use of nuclear weapons would be unacceptable to the international community, and that it is for this reason that efforts should be made to contain their spread under arrangements which committed all parties to work, in good faith, towards their final elimination. If the actual use of nuclear weapons is acceptable to the international community, it is difficult to perceive any credible basis for an arrangement which would limit the right to use them to some States, and more particularly if the latter could in some circumstances exercise that right against States not enjoying that exclusive right.

In the year following the conclusion of the NPT, the Institute of International Law, at its 1969 session in Edinburgh, had occasion to note that "existing international law prohibits the use of all weapons" (nuclear weapons being understood to be included) "which, by their nature, affect indiscriminately both military objectives and non-military objects, or both armed forces and civilian population". Whatever may be said of other such weapons, that view, expressed with near unanimity, is helpful not only for its high professional value, but also for its independent assessment of the unacceptability to the international community of the use of nuclear weapons. That assessment accurately reflected the basis on which the NPT arrangements had been concluded in the preceding year.

Other weapons share with nuclear weapons membership of the category of weapons of mass destruction. As mentioned above, however, it is open to the Court to take the view that the juridical criterion is not simply how destructive a weapon is, but whether its destructiveness is such as to cause the weapon to be considered by the international community to be unacceptable to it. The material before the Court (some of which was examined in Part I, Section 3, above) is sufficient to enable the Court to conclude that, in the case of nuclear weapons, the revulsion of the international community is an established fact. Thus, the legal consequences in the specific case of nuclear weapons need not be the same for other weapons of mass destruction not already banned by treaty.

In *Shimoda* v. *The State* the plaintiffs' claims were dismissed on grounds not now material; the case remains the only judicial decision, national or international, in the field. It was decided by the Tokyo District Court on 7 December 1963. Though not of course binding, it ranks as a judicial decision under Article 38, paragraph 1 *(d)*, of the Statute of the Court; it qualifies for consideration. A judicial conclusion different

d'armes nucléaires est inacceptable pour la communauté internationale; il en est question plus haut. Il y a également le traité sur la non-prolifération de 1968 et les accords annexes, sur lesquels je reviendrai plus longuement un peu plus loin. La Cour pourrait les interpréter comme représentant une déclaration faite par les Etats dotés d'armes nucléaires et les Etats qui n'en détiennent pas pour indiquer que le recours effectif aux armes nucléaires serait inacceptable pour la communauté internationale et qu'il faudrait, pour cette raison, s'efforcer d'empêcher leur prolifération dans le cadre d'accords par lesquels toutes les parties s'engageraient à œuvrer, de bonne foi, en vue de leur élimination définitive. On voit mal, si le recours effectif aux armes nucléaires est acceptable pour la communauté internationale, sur quelle base crédible un arrangement pourrait être conclu pour réserver à quelques Etats le droit d'employer ces armes, et ce à fortiori si ceux-ci peuvent dans certaines circonstances exercer ce droit contre des Etats qui ne jouissent pas de ce droit exclusif.

L'année qui a suivi la conclusion du traité sur la non-prolifération, l'Institut de droit international a eu l'occasion de noter, à sa session de 1969 tenue à Edimbourg, que le droit international existant interdit l'emploi de toutes les armes (y compris les armes nucléaires) qui, de par leur nature, frappent sans distinction les objectifs militaires et les objectifs non militaires, ou les forces armées et la population civile. Quoi qu'on puisse dire des autres armes visées, cette opinion, qui a été émise à la quasi-unanimité, est importante non seulement parce qu'elle émane d'éminents spécialistes, mais aussi parce qu'elle procède d'une évaluation indépendante de l'inacceptabilité pour la communauté internationale du recours aux armes nucléaires. Cette évaluation prenait fidèlement en compte les éléments sur la base desquels les accords concernant le traité sur la non-prolifération avaient été conclus l'année précédente.

D'autres armes font partie, à l'instar des armes nucléaires, de la catégories des armes de destruction massive. Toutefois, comme indiqué plus haut, il appartient à la Cour de décider que le critère juridique ne consiste pas simplement à mesurer la capacité destructrice d'une arme, mais à établir si sa capacité de destruction est telle que l'arme peut être considérée par la communauté internationale comme inacceptable à ses yeux. Les éléments dont la Cour dispose (dont certains ont été examinés à la section 3 de la première partie) suffisent pour lui permettre de conclure que, dans le cas des armes nucléaires, la répulsion qu'éprouve la communauté internationale est un fait établi. Les conséquences juridiques qui s'imposent dans le cas des armes nucléaires ne doivent donc pas être nécessairement identiques dans le cas d'autres armes de destruction massive qui ne sont pas encore interdites par un traité.

Dans l'affaire *Shimoda c. l'Etat*, les plaignants ont été déboutés pour des motifs qui n'étaient pas à l'époque patents; ce jugement reste à ce jour la seule décision judiciaire, tant nationale qu'internationale, dans ce domaine. Il a été rendu par le tribunal de district de Tokyo, le 7 décembre 1963. Bien qu'il soit évidemment dépourvu de force contraignante, il constitue une décision judiciaire au sens du paragraphe 1, alinéa *d*), de

from that reached by the Tokyo District Court would need to explain why the reasoning of that Court was not acceptable.

The Tokyo District Court was deliberating over the proposition (based on expert legal opinion) "that the means which give unnecessary pain in war and inhumane means are prohibited as means of injuring the enemy"[10]. The proposition reflected two grounds invoked by Japan in its Note of protest of 10 August 1945, in which it said:

> "It is a fundamental principle of international law in time of war that a belligerent has not an unlimited right in choosing the means of injuring the enemy, and should not use such weapons, projectiles, and other material as cause unnecessary pain; and these are each expressly stipulated in the annex of the Convention respecting the Laws and Customs of War on Land and articles 22 and 23 *(e)* of the Regulations respecting the Laws and Customs of War on Land."[11]

Article 22 of those Regulations concerned the right to adopt means of injuring the enemy, while Article 23 *(e)* concerned the unnecessary suffering principle.

The Tokyo District Court's reasoning dealt with both branches of the proposition before it, on an interrelated basis. It accepted that

> "international law respecting war is not formed only by humane feelings, but it has as its basis both military necessity and efficiency and humane feelings, and is formed by weighing these two factors"[12].

Consequently,

> "however great the inhumane result of a weapon may be, the use of the weapon is not prohibited by international law, if it has a great military efficiency"[13].

Nevertheless, the Tokyo District Court thought that it could

> "safely see that besides poison, poison gas and bacterium the use of the means of injuring the enemy which causes at least the same or more injury is prohibited by international law"[14].

The Tokyo District Court confined itself to the issue whether the particular use of atomic weapons at Hiroshima and Nagasaki was lawful,

[10] *The Japanese Annual of International Law*, No. 8, 1964, p. 240.
[11] *Ibid.*, p. 252.
[12] *Ibid.*, p. 240.
[13] *Ibid.*, p. 241.
[14] *Ibid.*

l'article 38 du Statut de la Cour et doit être pris en considération. Une décision judiciaire différente de celle à laquelle le tribunal de district de Tokyo est parvenu devrait donc expliquer pourquoi la motivation de son jugement n'était pas acceptable.

Le tribunal de district de Tokyo devait se prononcer sur un argument (fondé sur l'avis juridique d'un expert), selon lequel «les moyens qui causent des maux superflus en temps de guerre et les moyens inhumains sont interdits comme moyens de nuire à l'ennemi»[10]. Cette proposition s'inspirait de deux arguments invoqués par le Japon dans sa note de protestation du 10 août 1945, où il était dit:

> «C'est un principe fondamental du droit international en temps de guerre que le droit d'un belligérant de choisir les moyens de nuire à l'ennemi n'est pas illimité et qu'un belligérant ne doit pas employer des armes, projectiles et autres matières de nature à causer des maux superflus; et ceux-ci sont expressément stipulés dans l'annexe de la convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et dans les articles 22 et 23 *e)* du règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.»[11]

L'article 22 dudit règlement concernait le droit d'adopter des moyens de nuire à l'ennemi, tandis que l'article 23 *e)* concernait le principe des maux superflus.

Le tribunal de district de Tokyo a examiné les deux éléments corrélatifs de la proposition dont il était saisi. Il a admis que

> «le droit international régissant la guerre n'est pas constitué uniquement par des sentiments d'humanité, mais il se fonde à la fois sur les exigences et l'efficacité militaires et sur les sentiments d'humanité, en mettant en balance ces deux facteurs»[12].

C'est pourquoi,

> «tout inhumain que puisse être le résultat de l'emploi d'une arme, cet emploi n'est pas interdit par le droit international, s'il est très efficace sur le plan militaire»[13].

Toutefois, le tribunal a déclaré

> «qu'il y a tout lieu de croire qu'outre le poison, les gaz toxiques et les bactéries l'emploi de moyens de nuire à l'ennemi qui causent au moins des dommages identiques ou supérieurs est interdit en droit international»[14].

Le tribunal de district de Tokyo s'est borné à examiner si l'emploi de bombes atomiques à Hiroshima et à Nagasaki était licite, en notant —

[10] *The Japanese Annual of International Law*, n° 8, 1964, p. 240.
[11] *Ibid.*, p. 252.
[12] *Ibid.*, p. 240.
[13] *Ibid.*, p. 241.
[14] *Ibid.*

noticing but not deciding "an important and very difficult question", namely, "whether or not an atomic bomb having such a character and effect is a weapon which is permitted in international law as a so-called nuclear weapon . . ."[15]. Nevertheless, it is clear that in deciding the former issue, relating to the particular use, the Court's reasoning flowed from its consideration of the latter issue, relating to the legal status of such weapons. Thus, although the Tokyo District Court did not so decide, it followed from its reasoning that nuclear weapons would not be an admissible means of warfare. It is the reasoning of the Tokyo District Court that this Court is concerned with.

The material before this Court is sufficient to enable it to make a finding of fact that the actual use of nuclear weapons is not acceptable to the sense of the international community; on the basis of such a finding of fact, it would lie within its judicial mission to hold that such weapons are not admissible "means of warfare" within the meaning of the law.

2. Unnecessary Suffering

Then as to the customary international law prohibition of superfluous and unnecessary suffering. As restated in Article 35, paragraph 2, of the 1977 Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions, the principle reads:

> "It is prohibited to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering."

The case of a weapon, such as the "dum-dum" bullet[16], which is deliberately crafted so as to cause unnecessary suffering, does not exhaust the interpretation and application of the prohibition. That may be regarded as a particular instance of the working of a broader underlying idea that suffering is superfluous or unnecessary if it is materially in excess of the degree of suffering which is justified by the military advantage sought to be achieved. A mechanical or absolute test is excluded: a balance has to be struck between the degree of suffering inflicted and the military advantage in view. The greater the military advantage, the greater will be the willingness to tolerate higher levels of suffering. And, of course, the balance has to be struck by States. The Court cannot usurp their judgment; but, in this case, it has a duty to find what that judgment is. In appreciating what is the judgment of States as to where the balance is to be

[15] *The Japanese Annual of International Law*, No. 8, 1964, p. 234.

[16] "[T]he projectile known under the name of 'dum-dum' was made in the arsenal of that name near Calcutta." See *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899*, 1920, p. 277, *per* General Sir John Ardagh.

struck, the Court may properly consider that, in striking the balance, States themselves are guided by the public conscience. The Court has correctly held that "the intrinsically humanitarian character of the legal principles in question . . . permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons . . ." (Advisory Opinion, para. 86). It is not possible to ascertain the humanitarian character of those principles without taking account of the public conscience.

It was thus open to the Court to take the view that the public conscience could consider that no conceivable military advantage could justify the degree of suffering caused by a particular type of weapon. Poison gas was, arguably, a more efficient way of deactivating the enemy in certain circumstances than other means in use during the First World War. That did not suffice to legitimize its use; the prohibition rested on an appreciation, as set out in the first preamble to the 1925 Geneva Gas Protocol, that "the use in war of asphyxiating, poisonous or other gases has been justly condemned by the general opinion of the civilized world". In effect, the use of a weapon which caused the kind of suffering that poison gas caused was simply repugnant to the public conscience, and so unacceptable to States whatever might be the military advantage sought to be achieved. That reasoning has not given birth to a comprehensive and universal prohibitory treaty provision in this case; it is nonetheless helpful in estimating the acceptability to the public conscience of the suffering that could be inflicted by the use of nuclear weapons on both combatants and civilians, on distant peoples, and on generations yet unborn.

On the material before it, the Court could reasonably find that the public conscience considers that the use of nuclear weapons causes suffering which is unacceptable whatever might be the military advantage derivable from such use. On the basis of such a finding, the Court would be entitled, in determining what in turn is the judgment of States on the point, to proceed on the basis of a presumption that the judgment of States would not differ from that made by the public conscience.

The "unnecessary suffering" principle falls within the framework of principles designed for the protection of combatants. If the use of nuclear weapons would violate the principle in relation to them, that is sufficient to establish the illegality of such use. However, is it possible that the principle, when construed in the light of developing military technology and newer methods of waging war, has now come to be regarded as capable of providing protection for civilians also?

In the "expanding" bullet phase in which the principle made its appearance in the second half of the nineteenth century, it was no doubt visualized that "unnecessary suffering" would only be inflicted on soldiers in the battlefield; the effects of the use of weapons which could then cause such suffering would not extend to civilians. But the framework of mili-

Cour peut considérer à juste titre que les Etats eux-mêmes, lorsqu'ils recherchent le point d'équilibre, sont guidés par la conscience publique. La Cour a évoqué à bon droit «la nature intrinsèquement humanitaire des principes juridiques en jeu, qui imprègnent tout le droit des conflits armés et s'appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes...» (avis consultatif, par. 86). Pour établir le caractère humanitaire de ces principes, il faut nécessairement tenir compte de la conscience publique.

La Cour pouvait donc estimer que la conscience publique considérerait qu'aucun avantage militaire concevable ne pouvait justifier le degré de souffrance infligé par un type donné d'arme. On a prétendu que les gaz toxiques étaient un moyen plus efficace de mettre hors de combat l'ennemi dans certaines circonstances que d'autres moyens utilisés pendant la première guerre mondiale. Cela n'a pas suffi pour légitimer leur utilisation; l'interdiction se fondait sur l'appréciation émise dans le premier alinéa du préambule du protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, signé à Genève en 1925, selon laquelle «l'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires ... a été à juste titre condamné par l'opinion générale du monde civilisé». En effet, l'emploi d'une arme qui causait le genre de souffrance infligés par ces gaz toxiques révulsait tout simplement la conscience publique et était, de ce fait, inacceptable pour les Etats, quel que soit l'avantage militaire recherché. Ce raisonnement ne s'est pas traduit par un traité d'interdiction complète et universelle; il est cependant utile lorsqu'on s'efforce d'évaluer l'acceptabilité pour la conscience publique des souffrances que l'emploi d'armes nucléaires pourrait infliger aux combattants comme aux civils, à des populations vivant loin du lieu des combats et à des générations qui ne sont pas encore nées.

Sur la base des éléments dont elle disposait, la Cour pouvait raisonnablement conclure qu'au regard de la conscience publique l'emploi d'armes nucléaires cause des maux qui sont inacceptables, quel que soit l'avantage militaire qu'il puisse procurer. A partir d'une telle constatation, la Cour était en droit, pour établir quelle est l'opinion des Etats sur ce point, de présumer que l'appréciation des Etats ne différerait pas de celle de la conscience publique.

Le principe «des maux superflus» fait partie de l'ensemble des principes conçus pour assurer la protection des combattants. Il suffit, pour établir l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires, qu'un tel emploi viole le principe en ce qui concerne les combattants. On peut cependant se demander, eu égard à l'évolution des techniques militaires et aux méthodes de guerre plus récentes, si le principe n'est pas considéré aujourd'hui comme susceptible d'assurer la protection des civils également.

Lorsque le principe est apparu dans la seconde moitié du XIX^{e} siècle, à un moment où l'emploi des fusils était «en pleine expansion», on a certainement pensé que «les maux superflus» ne seraient infligés qu'aux soldats du champ de bataille et que les effets de l'emploi d'armes de nature à causer alors de tels maux ne s'étendraient pas aux civils. Aujourd'hui,

tary operations is now different: if nuclear weapons can cause unnecessary suffering to soldiers, they can obviously have the same effect on civilians within their reach. The preamble to the Treaty of Tlatelolco correctly declared that the "terrible effects [of nuclear weapons] are suffered, indiscriminately and inexorably, by military forces and civilian population alike . . .".

It may be said that the substance of the principle of unnecessary suffering operates for the benefit of civilians through the medium of other principles, such as that which prohibits indiscriminate attacks, but that the principle itself does not operate in relation to them. What, however, is the position where it is contended that an apparently indiscriminate attack on civilians is validated by recourse to the collateral damage argument? In a case in which the collateral damage principle (whatever its true scope) would justify injury to civilians, the contradictory result of confining the unnecessary suffering principle to combatants would be that such injury may be prohibited by that principle in respect of combatants but not in respect of civilians who are equally affected; thus, an act which causes injury to combatants and non-combatants equally may be unlawful in relation to the former but lawful in relation to the latter. If combatants and non-combatants are both victims of the same act, it is difficult to see why the act should be unlawful in the former case but lawful in the latter.

In *Shimoda*, the Tokyo District Court said,

> "[I]t is not too much to say that the pain brought by the atomic bombs is severer than that from poison and poison-gas, and . . . that the act of dropping such a cruel bomb is contrary to the fundamental principle of the laws of war that unnecessary pain must not be given."[17]

So, in this part of its reasoning, the Tokyo District Court relied on the "fundamental principle" of "unnecessary pain"; it did so in relation to injuries caused to civilians. Assisted by three experts who were professors of international law, as well as by a full team of advocates for the parties in a closely contested case, the Court did not seem to be aware of a view that the principle of unnecessary suffering was restricted to injuries caused to combatants. And yet that view, if correct, should have been central to a case which concerned injury to civilians.

However, even if the unnecessary suffering principle is restricted to combatants, the question remains whether the principle is breached in so

[17] *The Japanese Annual of International Law*, No. 8, 1964, pp. 241-242.

cependant, le cadre des opérations militaires n'est plus le même: si les armes nucléaires peuvent causer des maux superflus aux soldats, elles peuvent évidemment avoir le même effet sur les civils se trouvant à leur portée. Les parties au traité de Tlatelolco ont déclaré à bon droit dans le préambule de celui-ci que «les terribles effets [des armes nucléaires] atteignent sans distinction et sans merci les forces armées et la population civile...»

On pourrait prétendre que la substance du principe des maux superflus bénéficie aux civils par l'effet de l'application d'autres principes, comme celui qui interdit d'entreprendre des attaques sans discernement, mais que le principe lui-même ne leur est pas applicable. Toutefois, peut-on admettre la position selon laquelle une attaque menée apparemment sans discernement contre des civils s'explique par le principe du dommage indirect? Cependant, si un tel principe (quelle que soit sa portée véritable) devait justifier des dommages infligés aux civils, le fait de limiter le principe des maux superflus aux combattants aurait ce résultat contradictoire que les dommages en question seraient interdits par ce principe en ce qui concerne les combattants, mais pas en ce qui concerne les civils, alors qu'ils sont également atteints; ainsi donc, un acte qui cause un dommage aux combattants comme aux non-combattants pourrait être illicite en ce qui concerne les premiers, mais licite en ce qui concerne les derniers. Lorsque des combattants et des non-combattants sont également victimes du même acte, on voit mal comment cet acte serait licite dans un cas et illicite dans l'autre.

Dans l'affaire *Shimoda c. l'Etat*, le tribunal de district de Tokyo a jugé que:

> «il n'est pas exagéré d'affirmer que les souffrances infligées par les bombes atomiques sont plus graves que celles infligées par des substances ou des gaz toxiques, et ... que le fait de larguer une bombe aussi cruelle est contraire au principe fondamental des lois de la guerre selon lequel on ne peut infliger des maux superflus»[17].

Dans cette partie de la motivation de sa décision, le tribunal de district de Tokyo s'est donc fondé sur le «principe fondamental» des «maux superflus»; il l'a fait à propos de dommages causés à des civils. Malgré la présence de trois experts qui étaient des professeurs de droit international et d'une équipe importante d'avocats dans une affaire très controversée, le tribunal ne semble pas avoir prêté attention à la conception selon laquelle le principe des maux superflus vise uniquement les dommages causés aux combattants. Or, en supposant que cette conception soit exacte, elle aurait dû être au centre d'une affaire qui concernait les dommages causés à des civils.

Toutefois, même si l'on n'applique le principe des maux superflus qu'aux seuls combattants, la question reste posée de savoir s'il est porté

[17] *The Japanese Annual of International Law*, n° 8, 1964, p. 241-242.

far as combatants are affected by the use of nuclear weapons. For the reasons given above, the Court could hold that it is.

3. The Martens Clause

Some States argued that the Martens Clause depends on proof of the separate existence of a rule of customary international law prohibiting the use of a particular weapon, and that there is no such prohibitory rule in the case of nuclear weapons. The proposition is attractive.

However, an initial difficulty is this. As is recognized in paragraphs 78 and 84 of the Court's Advisory Opinion, it is accepted that the Martens Clause is a rule of customary international law. That means that it has a normative character — that it lays down some norm of State conduct. It is difficult to see what norm of State conduct it lays down if all it does is to remind States of norms of conduct which exist wholly *dehors* the Clause. The argument in question would be directed not to ascertaining the field of application of an acknowledged rule, but to denying the existence of any rule. Would an argument which produces this infirmity be right?

As set out in the 1899 Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, the Martens Clause came at the end of a preambular passage reading as follows:

> "According to the view of the High Contracting Parties, these provisions, the wording of which has been inspired by the desire to diminish the evils of war, so far as military requirements permit, are intended to serve as a general rule of conduct for the belligerents in their mutual relations and in their relations with the inhabitants.
>
> It has not, however, been found possible at present to concert regulations covering all the circumstances which arise in practice.
>
> On the other hand, the High Contracting Parties clearly do not intend that unforeseen cases should, in the absence of a written undertaking, be left to the arbitrary judgment of military commanders.
>
> Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience."

These statements support an impression that the Martens Clause was intended to fill gaps left by conventional international law and to do so in a practical way. How?

The Martens Clause bears the marks of its period; it is not easy of

atteinte à ce principe, dès lors que des combattants subissent les effets de l'emploi d'armes nucléaires. Pour les raisons énoncées plus haut, la Cour pouvait juger qu'il en est ainsi.

3. La clause de Martens

Certains Etats ont soutenu que la clause de Martens exige la preuve de l'existence distincte d'une règle de droit international coutumier interdisant l'emploi d'une arme donnée et qu'il n'existe aucune règle prohibitive de ce type dans le cas des armes nucléaires. Cette thèse est séduisante.

Toutefois, voici qu'apparaît une première difficulté. Comme la Cour le reconnaît aux paragraphes 78 et 84 de son avis consultatif, il est admis que la clause de Martens est une règle de droit international coutumier. Cela signifie qu'elle a un caractère normatif, qu'elle fixe une règle de conduite pour les Etats. On ne voit pas quelle règle de conduite pour les Etats elle fixe, si elle se contente de rappeler aux Etats les règles de conduite qui existent tout à fait en dehors d'elle. La thèse évoquée plus haut viserait non pas à établir le champ d'application d'une règle reconnue, mais à nier l'existence d'une règle quelconque. Une thèse aboutissant à ce résultat serait-elle fondée?

Telle qu'elle est énoncée dans la convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907, la clause de Martens apparaît dans le cours du préambule et est libellée comme suit:

> «Selon les vues des Hautes Parties contractantes, ces dispositions, dont la rédaction a été inspirée par le désir de diminuer les maux de la guerre, autant que les nécessités militaires le permettent, sont destinées à servir de règle générale de conduite aux belligérants, dans leurs rapports entre eux et avec les populations.
>
> Il n'a pas été possible toutefois de concerter dès maintenant des stipulations s'étendant à toutes les circonstances qui se présentent dans la pratique.
>
> D'autre part, il ne pouvait entrer dans les intentions des Hautes Parties contractantes que les cas non prévus fussent, faute de stipulation écrite, laissés à l'appréciation arbitraire de ceux qui dirigent les armées.
>
> En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.»

Ce libellé donne à penser que la clause de Martens visait à combler des lacunes du droit international coutumier et de le faire dans un esprit pratique. Par quel moyen?

La clause de Martens porte la marque de son époque; elle n'est pas

interpretation. One acknowledges the distinction between usages and law[18]. However, as the word "remain" shows, the provision implied that there were already in existence certain principles of the law of nations which operated to provide practical protection to "the inhabitants and the belligerents" in the event of protection not being available under conventional texts. In view of the implications of that word, the Clause could not be confined to principles of the law of nations waiting, uncertainly, to be born in future. The reference to the principles of the law of nations derived from the mentioned sources was descriptive of the character of existing principles of the law of nations and not merely a condition of the future emergence of such principles. It may be added that, in its 1977 formulation, the relevant phrase now reads, "derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience". Since "established custom" alone would suffice to identify a rule of customary international law, a cumulative reading is not probable. It should follow that "the principles of international law" (the new wording) could also be sufficiently derived "from the principles of humanity and from the dictates of public conscience"; as mentioned above, those "principles of international law" could be regarded as including principles of international law already derived "from the principles of humanity and from the dictates of public conscience".

In effect, the Martens Clause provided authority for treating the principles of humanity and the dictates of public conscience as principles of international law, leaving the precise content of the standard implied by these principles of international law to be ascertained in the light of changing conditions, inclusive of changes in the means and methods of warfare and the outlook and tolerance levels of the international community. The principles would remain constant, but their practical effect would vary from time to time: they could justify a method of warfare in one age and prohibit it in another. In this respect, M. Jean Pictet was right in emphasizing, according to Mr. Sean McBride,

> "that the Declarations in the *Hague Conventions* . . . by virtue of the de Martens Clause, imported into humanitarian law principles that went much further than the written convention; it thus gave them a dynamic dimension that was not limited by time"[19].

Nor should this be strange. Dealing with the subject of "Considerations of Humanity" as a source of law, Sir Gerald Fitzmaurice remarked that

---

[18] For "usages of war" maturing into rules of customary international law, see L. Oppenheim, *International Law. A Treatise*, Vol. II, 7th ed. by H. Lauterpacht, 1952, p. 226, para. 67, and p. 231, para. 69.

[19] Sean McBride, "The Legality of Weapons for Societal Destruction", in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, 1984, p. 402.

facile à interpréter. On reconnaît la distinction entre les usages et les lois[18]. Toutefois, comme le mot «restent» l'indique, cette disposition supposait qu'il existait déjà certains principes du droit des gens qui assuraient une protection pratique aux «populations» et aux «belligérants» dans l'hypothèse où une telle protection n'était pas garantie par des textes conventionnels. Compte tenu des implications de ce mot «restent», la clause ne pouvait se réduire à des principes du droit des gens qui attendaient, sans aucune certitude, de voir le jour. La référence aux principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des sources mentionnées visait à préciser le caractère des principes existants du droit des gens et ne constituait pas simplement une condition de l'émergence future de tels principes. On peut ajouter que, dans son libellé de 1977, le membre de phrase pertinent se lit comme suit: «tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique». Comme «les usages établis» suffisent à eux seuls à identifier une règle du droit international coutumier, une interprétation cumulative n'est guère probable. Dans ce cas, «les principes du droit des gens» pourraient également résulter à suffisance «des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique»; comme indiqué plus haut, ces «principes du droit des gens» pourraient être considérés comme englobant des principes du droit international déjà déduits «des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique».

En effet, la clause de Martens autorisait à considérer les principes de l'humanité et les exigences de la conscience publique comme des principes du droit des gens, le contenu précis de la norme découlant de ces «principes du droit des gens» devant être défini à la lumière de l'évolution, y compris l'apparition de nouveaux moyens et méthodes de guerre, ainsi que des conceptions et des seuils de tolérance de la communauté internationale. Les principes devaient demeurer constants, mais leur effet pratique pouvait ne pas toujours être le même: ils pouvaient autoriser une méthode de guerre à une époque et l'interdire à une autre époque. A cet égard, M. Jean Pictet a eu raison de souligner, comme l'écrit M. Sean McBride,

> «que les déclarations contenues dans les *conventions de La Haye* ont fait entrer dans le droit humanitaire, à la faveur de la clause de Martens, des principes qui allaient beaucoup plus loin que la convention écrite, leur donnant ainsi une dimension dynamique qui n'était pas limitée par le temps»[19].

Cela n'a pas de quoi surprendre. Traitant de la question des «Considérations d'humanité» en tant que source de droit, sir Gerald Fitzmaurice a fait observer que

[18] En ce qui concerne «les usages de la guerre» qui donnent naissance à des règles de droit international coutumier, voir L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, vol. II, 7e édition par H. Lauterpacht, 1952, p. 266, par. 67, et p. 231, par. 69.

[19] Sean McBride. «The Legality of Weapons for Societal Destruction», dans Christophe Swinarski (dir. publ.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, 1984, p. 402.

> "all the implications of this view — i.e., in exactly what circumstances and to what extent considerations of humanity give rise in *themselves* to obligations of a legal character — remain to be worked out"[20].

The reservation does not neutralize the main proposition that "considerations of humanity give rise in *themselves* to obligations of a legal character". The substance of the proposition seems present in the judgment given in 1948 in *Krupp*'s case, in which the United States Military Tribunal sitting at Nuremberg said:

> "The Preamble [of Hague Convention No. IV of 1907] is much more than a pious declaration. It is a general clause, making the usages established among civilized nations, the laws of humanity and the dictates of public conscience into the legal yardstick to be applied if and when the specific provisions of the Convention and the Regulations annexed to it do not cover specific cases occurring in warfare, or concomitant to warfare."[21]

A similar view of the role of considerations of humanity appears in the *Corfu Channel* case. There Judge Alvarez stated that the "characteristics of an *international delinquency* are that it is an act contrary to the sentiments of humanity" (*I.C.J. Reports 1949*, p. 45, separate opinion); and the Court itself said that Albania's

> "obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VIII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; . . ." (*I.C.J. Reports 1949*, p. 22).

Thus, Albania's obligations were "based . . . on . . . elementary considerations of humanity . . .", with the necessary implication that those considerations can themselves exert legal force. In 1986 the Court considered that "the conduct of the United States may be judged according to the fundamental general principles of humanitarian law"; and it expressed the view that certain rules stated in common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions were "rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called 'elementary considerations of humanity' (*Corfu Channel, Merits, I.C.J. Reports 1949*, p. 22)" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986*, pp. 113-114, para. 218). Consistent with the foregoing is the earlier observation by the Naulilaa Tribunal

[20] Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. 1, 1986, p. 17, note 4, emphasis as in the original; and see *ibid.*, p. 4.

[21] *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, p. 622.

> «toutes les implications de cette conception — c'est-à-dire dans quelles circonstances précisément et dans quelle mesure des considérations d'humanité donnent naissance par *elles-mêmes* à des obligations de nature juridique — doivent encore être élaborées»[20].

La réserve n'atténue pas la proposition principale selon laquelle «des considérations d'humanité donnent naissance par *elles-mêmes* à des obligations de nature juridique». Il semble que la substance de la proposition se retrouve dans le jugement rendu en 1948 dans l'affaire *Krupp*, dans lequel le tribunal militaire des Etats-Unis siégeant à Nuremberg a déclaré que:

> «Le préambule [de la convention de La Haye n° IV de 1907] est bien plus qu'un vœu pieux. C'est une clause générale, qui érige les usages établis entre les nations civilisées, les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique en un critère juridique devant être appliqué dans l'hypothèse où les dispositions spécifiques de la convention et du règlement y annexé ne viseraient pas certains cas survenant en temps de guerre ou en rapport avec des hostilités.»[21]

Une conception analogue du rôle joué par les considérations d'humanité apparaît dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, où M. Alvarez a déclaré que la «caractéristique du *délit international* est qu'il est un acte contraire aux sentiments d'humanité» (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 45, opinion individuelle); quant à la Cour elle-même, elle a déclaré que

> «[l]es obligations [de l'Albanie] sont fondées non pas sur la convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre...» (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 22).

Ainsi, les obligations de l'Albanie étaient «fondées sur ... des considérations élémentaires d'humanité...», ce qui implique nécessairement que ces considérations peuvent avoir elles-mêmes des effets juridiques. En 1986, la Cour a considéré que «le comportement des Etats-Unis peut être apprécié en fonction des principes généraux de base du droit humanitaire» et elle a estimé que certaines des règles énoncées à l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 étaient «des règles qui, de l'avis de la Cour, correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 des «considérations élémentaires d'humanité» (*Détroit de Corfou, fond, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22)» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986*, p. 113-144, par. 218). Dans le même ordre d'idée, on notera

[20] Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 1, 1986, p. 17, note 4, les italiques figurent comme dans l'original. Voir également *ibid.*, p. 4.

[21] *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, p. 622.

that the right of reprisals "is *limited* by the experiences of mankind . . ." *[translation by the Registry]*[22].

I am not persuaded that the purpose of the Martens Clause was confined to supplying a humanitarian standard by which to interpret separately existing rules of conventional or customary international law on the subject of the conduct of hostilities; the Clause was not needed for that purpose, for considerations of humanity, which underlie humanitarian law, would in any event have supplied that service (see paragraph 86 of the Court's Advisory Opinion). It is also difficult to accept that all that the Martens Clause did was to remind States of their obligations under separately existing rules of customary international law. No doubt, the focus of the Clause in the particular form in which it was reproduced in the 1949 Geneva Conventions was on reminding States parties that denunciation of these humanitarian treaties would not relieve them of the obligations visualized by the Clause; but the Clause in its more usual form was not intended to be a mere reminder[23]. The basic function of the Clause was to put beyond challenge the existence of principles of international law which residually served, with current effect, to govern military conduct by reference to "the principles of humanity and . . . the dictates of public conscience". It was in this sense that

> "civilians and combatants (would) remain under the protection and authority of the principles of international law derived . . . from the principles of humanity and from the dictates of public conscience".

The word "remain" would be inappropriate in relation to "the principles of humanity and . . . the dictates of public conscience" unless these were conceived of as presently capable of exerting normative force to control military conduct.

Thus, the Martens Clause provided its own self-sufficient and conclusive authority for the proposition that there were already in existence principles of international law under which considerations of humanity could themselves exert legal force to govern military conduct in cases in which no relevant rule was provided by conventional law. Accordingly, it was not necessary to locate elsewhere the independent existence of such principles of international law; the source of the principles lay in the Clause itself.

This was probably how the matter was understood at the Hague Peace Conference of 1899. After Mr. Martens's famous declaration was adopted, the "senior delegate from Belgium, Mr. Beernaert, who had previously objected to the adoption of Articles 9 and 10 (1 and 2 of the new

[22] *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. 2, p. 1026.

[23] For differences between the 1949 Martens Clause and its classical formulation, see Georges Abi-Saab, "The Specificities of Humanitarian Law", in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, 1984, p. 275.

que le tribunal de Naulilaa avait déjà observé que le droit d'exercer des représailles «est *limité* par les expériences de l'humanité...»[22]

Je ne suis pas convaincu que la clause de Martens avait pour seul objet de définir un critère humanitaire permettant d'interpréter les différentes règles existantes du droit international conventionnel ou coutumier relatives à la conduite des hostilités; la clause n'était pas nécessaire pour cela, car des considérations d'humanité, qui sous-tendent le droit humanitaire, auraient en tout état de cause rendu ce service (voir paragraphe 86 de l'avis consultatif de la Cour). Il est difficile aussi d'admettre que la clause de Martens s'est contentée de rappeler aux Etats les obligations que leur imposaient les différentes règles existantes du droit international coutumier. Assurément, la clause, telle qu'elle a été reprise et libellée dans les conventions de Genève de 1949, visait essentiellement à rappeler aux Etats parties que la dénonciation de ces traités humanitaires ne les dégagerait pas des obligations visées par la clause; mais celle-ci, dans son libellé usuel, n'était pas conçue comme un simple rappel[23]. La clause avait pour fonction essentielle d'affirmer de manière incontestable l'existence des principes du droit international appelés à titre subsidiaire, mais avec des effets sur des situations actuelles, à régir le comportement des militaires par rapport aux «principes d'humanité et aux exigences de la conscience publique». C'est en ce sens-là que

> «les populations et les belligérants reste[raie]nt sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent ... des principes d'humanité et des exigences de la conscience publique».

Le mot «restent» serait inapproprié par rapport aux «principes d'humanité et [aux] exigences de la conscience publique», à moins que ceux-ci ne soient conçus comme pouvant actuellement exercer une force normative à l'effet de contrôler le comportement des militaires.

Ainsi, la clause de Martens couvrait de sa propre autorité, de façon autonome et concluante, la thèse selon laquelle il existait déjà des principes du droit international en vertu desquels des considérations d'humanité pouvaient avoir des effets juridiques par elles-mêmes et régir le comportement des militaires dans les cas où le droit conventionnel ne contenait pas de règle applicable. Aussi n'était-il pas nécessaire de rechercher ailleurs la source distincte de ces principes du droit international, car cette source, c'était la clause elle-même.

C'est probablement ainsi que la question a été interprétée à la conférence de la paix à La Haye en 1899. Après l'adoption de la célèbre déclaration de M. de Martens, le principal représentant de la Belgique, M. Beernaert, qui s'était opposé auparavant à l'adoption des articles 9

[22] *Recueil des sentences arbitrales internationales*, vol. 2, p. 1026.

[23] Pour les différences entre la clause de Martens de 1949 et son libellé classique, voir Georges Abi-Saab, «The Specificities of Humanitarian Law», dans Christophe Swinarski (dir. publ.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, 1984, p. 275.

draft), immediately announced that he could because of this declaration vote for them"[24]. The senior Belgian delegate, as were other delegates, was not satisfied with the protection guaranteed by the particular provisions of the draft[25]. Eventually, he found himself able to vote for the provisions. Why? Not because the required additional protection was available under independently existing customary international law; such protection would be available in any case. The reason he was able to vote for the provisions was because he took the view, not dissented from by other delegates, that the Martens Clause would itself be capable of exerting normative force to provide the required additional protection by appropriately controlling military behaviour.

"One is entitled to test the soundness of a principle by the consequences which would flow from its application." (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, p. 220, para. 106, Judge Jessup, separate opinion.) Hence, it is useful to consider the implications of the view that the Martens Clause is not by itself relevant to the issue of legality of the use of nuclear weapons. It is clear that the use of nuclear weapons could result, even in the case of neutral countries, in destruction of the living, in sickness and forced migration of survivors, and in injury to future generations to the point of causing serious illness, deformities and death, with the possible extinction of all life. If nothing in conventional or customary international law forbids that, on the view taken by the proponents of legality of the meaning of the *"Lotus"* case, States would be legally entitled to bring about such cataclysmic consequences. It is at least conceivable that the public conscience may think otherwise. But the "dictates of public conscience" could not translate themselves into a normative prohibition unless this was possible through the Martens Clause.

It is not, I think, a question of the Court essaying to transform public opinion into law: that would lead to "government by judges", which, as Judge Gros rightly observed, "no State would easily accept" (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, I.C.J. Reports 1984*, p. 385, para. 41, dissenting opinion)[26]. Existing international law, in the form of the Martens Clause, has already established the necessary legal norm. The Court does not have to find whether there is an *opinio juris*. Its task is that of evaluating a standard embodied in an existing principle by way of making a finding as to what it is that the "principles of humanity and . . . the dictates of public conscience" require of military conduct in a given situation. In the last analysis, the answer will depend

[24] *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899*, 1920, pp. 54 and 419.

[25] See the *Krupp* case, *supra*, p. 622.

[26] But see *I.C.J. Pleadings, Northern Cameroons*, p. 352, M. Weil, "to exorcise demons, it is sometimes a good idea to call them by name", i.e. "the spectre of government by judges". *[Translation by the Registry.]*

on what are the views of States themselves; but, so far as the Martens Clause is concerned, the views of States are relevant only for their value in indicating the state of the public conscience, not for the purpose of determining whether an *opinio juris* exists as to the legality of the use of a particular weapon.

The task of determining the effect of a standard may be difficult, but it is not impossible of performance; nor is it one which a court of justice may flinch from undertaking where necessary. The law is familiar with instances in which a court has to do exactly that, namely, to apply a rule of law which embodies a standard through which the rule exerts its force in particular circumstances[27].

Some appreciation of a factual nature may be required. The standard being one which is set by the public conscience, a number of pertinent matters in the public domain may be judicially noticed. This is apart from the fact that the Court is not bound by the technical rules of evidence found in municipal systems; it employs a flexible procedure. That, of course, does not mean that it may go on a roving expedition; it must confine its attention to sources which speak with authority. Among these there is the General Assembly. Reference has already been made to its very first resolution of 24 January 1946. That resolution, unanimously adopted, may fairly be construed by the Court as expressive of the conscience of the international community as to the unacceptability of the use of nuclear weapons. So too with the Final Document adopted by consensus in 1978 by the Tenth Special Session of the General Assembly on the subject of disarmament. A number of related General Assembly resolutions preceded and followed that Final Document. In one, adopted in 1983, the General Assembly stated that it "[r]esolutely, unconditionally and for all time condemns nuclear war as being contrary to human conscience and reason . . ." (General Assembly resolution 38/75 of 15 December 1983). Though not unanimously adopted, the resolution was validly passed by the General Assembly, acting within its proper province in the field of disarmament. Whatever may be the position as regards the possible law-making effects or influence of General Assembly resolutions, the Court would be correct in giving weight to the Assembly's finding on the point of fact as to the state of "human conscience and reason" on the subject of the acceptability of the use of nuclear weapons, and more particularly in view of the fact that that finding accords with the general tendency of other material before the Court.

[27] See *I.C.J. Pleadings, South West Africa*, Vol. VIII, p. 258, argument of Mr. Gross; *Fisheries Jurisdiction, I.C.J. Reports 1974*, pp. 56-57, footnote 1, separate opinion of Judge Dillard; and Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, pp. 59, 68, 263-264, 299, 305-306, 320 and 346.

analyse, la réponse dépendra des vues des Etats eux-mêmes; mais, en ce qui concerne la clause de Martens, les vues des Etats ne sont pertinentes qu'à l'effet d'essayer de déterminer l'état de la conscience publique et non pour déterminer s'il existe une *opinio juris* quant à la licéité de l'emploi d'une arme en particulier.

Il n'est pas facile mais non impossible de déterminer l'effet d'une norme, et c'est là une tâche à laquelle un tribunal ne peut se dérober en cas de nécessité. Le droit connaît bien ces situations dans lesquelles un tribunal est appelé à faire cela précisément, c'est-à-dire appliquer une règle de droit qui incorpore une norme par le biais de laquelle la règle exerce son effet dans des circonstances données[27].

Une évaluation des éléments de fait peut s'avérer nécessaire. La norme étant fixée par la conscience publique, un certain nombre d'affaires pertinentes dans le domaine national peuvent être prises en considération par l'autorité judiciaire. Cela ne se confond pas avec le fait que la Cour n'est pas tenue par les règles techniques régissant l'administration de la preuve en droit interne; elle a recours à une procédure souple. Cela ne signifie pas, bien entendu, qu'elle doive entreprendre des recherches dans tous les domaines; elle doit se limiter à examiner les sources qui font autorité. Parmi celles-ci, il y a l'Assemblée générale. Il a déjà été fait mention de sa toute première résolution du 24 janvier 1946. Cette résolution, qui a été adoptée à l'unanimité, peut être interprétée à juste titre par la Cour comme l'expression de la conscience de la communauté internationale quant à l'inacceptabilité du recours aux armes nucléaires. Il en va de même du document final de la dixième session extraordinaire de l'Assemblée générale, adopté par consensus en 1978, à propos du désarmement. Un certain nombre de résolutions connexes de l'Assemblée générale ont précédé l'adoption de ce document final ou l'ont suivi. Dans une de ces résolutions, adoptée en 1983, l'Assemblée générale a condamné «résolument, sans réserve et à jamais la guerre nucléaire comme contraire à la conscience et à la raison humaines...» (résolution 38/75 du 15 décembre 1983). La résolution n'a pas été adoptée à l'unanimité, mais elle a été votée régulièrement par l'Assemblée générale agissant dans le cadre de sa compétence propre en matière de désarmement. Indépendamment du point de savoir quel peut être l'effet législatif éventuel des résolutions de l'Assemblée générale ou leur influence dans ce domaine, c'est à bon droit que la Cour prendrait en considération les constatations de fait qu'établit l'Assemblée sur l'état de la «conscience et de la raison humaines» en ce qui concerne l'acceptabilité de l'emploi d'armes nucléaires, et plus particulièrement eu égard au fait que de telles constatations vont généralement dans le sens des autres éléments dont la Cour dispose.

[27] Voir *C.I.J. Mémoires, Sud-Ouest africain*, vol. VIII, p. 258, plaidoirie de M. Gross; *Compétence en matière de pêcheries, C.I.J. Recueil 1974*, p. 56-57, note 1, opinion individuelle de M. Dillard, et Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, p. 59, 68, 263-264, 299, 305-306, 320 et 346.

The Court may look to another source of evidence of the state of the public conscience on the question of the acceptability of the use of nuclear weapons. It may interpret the NPT to mean that the public conscience, as demonstrated in the positions taken by all parties to that treaty, considers that the use of nuclear weapons would involve grave risks, and that these risks would make such use unacceptable in all circumstances. The better view, I think, is that the Court cannot correctly interpret the treaty to mean that it was agreed by all parties that those risks may be both effectively and responsibly managed by five States but not by others. Nor could it be the case that the public conscience, as manifested in the positions taken by the parties to that treaty, *now* says that, after final elimination has been achieved, nuclear weapons could not be used, while *now* also saying that they could be acceptably used until final elimination has been achieved. On a matter touching the survival of mankind, the public conscience could not at one and the same time be content to apply one standard of acceptability as of now and another as of a later time. That would involve a contradiction in its views as to the fundamental unacceptability of the weapon as a means of warfare which could destroy civilization. No basis appears for ascribing such a contradiction to the public conscience; there is not much merit in prohibiting civilization from being destroyed in the future, while at the same time accepting that it may, with impeccable legality, be destroyed now.

If the above is correct, the Martens Clause helps to meet the objection, raised by the proponents of legality, that the General Assembly's question would require the Court to speculate on a number of matters. The Court could not say in advance what would be the exact effect of any particular use of nuclear weapons. Examples of possible situations relate to proportionality, the duty to discriminate between combatants and civilians, escalation of conflict, neutrality, genocide and the environment. The Court could however find, and find as a fact, that the use of nuclear weapons involves real risks in each of these areas. It could then look to the public conscience for its view as to whether, in the light of those risks, the use of such weapons is acceptable in any circumstances; the view of the public conscience could in turn be found to be that, in the light of those risks, such use is unacceptable in all circumstances. The public conscience thus has a mediating role through which it enjoys a latitude of evaluation not available to the Court.

In the result, on the basis of what the Court finds to be the state of the public conscience, it will be able to say whether the Martens Clause operates to prohibit the use of nuclear weapons in all circumstances. On the available material, it would be open to the Court to hold that the Clause operates to impose such a prohibition.

Il est une autre source que la Cour peut examiner pour établir l'état de la conscience publique en ce qui concerne l'acceptabilité de l'emploi d'armes nucléaires. Elle peut déduire du traité sur la non-prolifération que la conscience publique, comme cela ressort des positions prises par toutes les parties à ce traité, considère que l'utilisation des armes nucléaires comporterait des risques graves, et que ces risques rendraient une telle utilisation inacceptable en toute circonstance. Plus exactement, selon moi, la Cour ne saurait interpréter correctement le traité comme signifiant que toutes les parties ont reconnu que ces risques peuvent être gérés de manière efficace et raisonnable par les cinq puissances nucléaires, et non par les autres Etats. Elle ne saurait non plus admettre que la conscience publique, telle qu'elle se manifeste dans les positions adoptées par les parties à ce traité, considère *aujourd'hui* qu'une fois réalisée leur élimination définitive les armes nucléaires ne pourront pas être utilisées, tout en considérant *aujourd'hui* que l'utilisation de ces armes pourrait être acceptable jusqu'à ce que leur élimination définitive ait été réalisée. S'agissant de la survie de l'humanité, la conscience publique ne saurait dans le même temps se satisfaire d'appliquer une norme d'acceptabilité aujourd'hui et une autre norme pour plus tard. Cela impliquerait une contradiction dans la façon dont elle envisage l'inacceptabilité fondamentale des armes en tant que moyen de guerre susceptible d'anéantir la civilisation. Rien ne permet d'imputer une telle contradiction à la conscience publique; il ne sert à rien d'interdire de détruire la civilisation à l'avenir, tout en acceptant dans le même temps qu'elle puisse, en toute licéité, être détruite aujourd'hui.

Si ce qui précède est exact, la clause de Martens permet de répondre à l'objection des tenants de la licéité, selon laquelle la question de l'Assemblée générale obligerait la Cour à se livrer à des spéculations sur un certain nombre de points. La Cour ne saurait dire à l'avance l'effet exact que produirait telle ou telle utilisation des armes nucléaires. Des situations différentes pourraient se présenter en ce qui concerne la proportionnalité, l'obligation d'établir une distinction entre les combattants et la population civile, l'intensification du conflit, la neutralité, le génocide et l'environnement. La Cour pourrait cependant établir et constater comme un fait que l'emploi d'armes nucléaires comporte des risques réels dans chacun de ces domaines. Elle pourrait ensuite examiner si la conscience publique considère que, eu égard à ces risques, l'emploi de telles armes est acceptable en toute circonstance, et elle pourrait être amenée à constater que la conscience publique considère que, eu égard à ces risques, un tel emploi est inacceptable en toute circonstance. La conscience publique joue donc un rôle de médiation qui lui donne une latitude d'évaluation que la Cour n'a pas.

En fin de compte, après avoir ainsi pris la mesure de la conscience publique, la Cour sera à même de dire si la clause de Martens joue en faveur de l'interdiction de l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance. Sur la base des éléments dont elle dispose, la Cour serait en mesure de conclure que la clause de Martens va dans le sens d'une telle interdiction.

PART IV. WHETHER A PRIOR PROHIBITORY RULE, IF IT EXISTED, WAS MODIFIED OR RESCINDED BY THE EMERGENCE OF A SUBSEQUENT RULE

1. The Position as at the Commencement of the Nuclear Age

Underlying the Court's holding in the second part of subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph of its Advisory Opinion that it "cannot conclude definitively" on the issue there referred to, is a contention by some States that the Court was being invited by the General Assembly's question to speculate on possible "scenarios". If that means that the Court could not decide on the basis of conjectures, I would uphold the contention. But I would not feel able to go the further step of accepting (if this other proposition was also intended) that there are no circumstances in which the Court may properly have recourse to the use of hypotheses. It would not, I think, be correct to say, as it is sometimes said, that the interpretation and application of the law always abjures hypotheses. Within reasonable limits, a hypothesis, as in other fields of intellectual endeavour, may be essential to test the limits of a theory or to bring out the true meaning of a rule. When, in a famous statement, it was said *"hypotheses non fingo"*, that only excluded propositions going beyond actual data[28]. The actual data may themselves suggest possibilities which need to be explored if the correct inference is to be drawn from the data.

The position as it stood immediately before the commencement of the nuclear age was that, since nuclear weapons did not exist, *ex hypothesi* there was, and could have been, no rule in conventional or customary international law which prohibited the use of nuclear weapons "as such". But it cannot be a serious contention that the effects produced by the use of nuclear weapons, when they were later invented, were beyond the reach of the pre-existing law of armed conflict (see paragraphs 85-86 of the Advisory Opinion and *Shimoda, supra*, pp. 235-236); the "novelty of a weapon does not by itself convey with it a legitimate claim to a change in the existing rules of war"[29].

Thus, if, immediately before the commencement of the nuclear age, the question was asked whether effects of the kind that would be later produced by the use of nuclear weapons would constitute a breach of the law of armed conflict, the Court could well hold that the answer would inevi-

[28] "For whatever is not deduc'd from the phaenomena, is to be called an hypothesis." See Sir Isaac Newton, *The Mathematical Principles of Natural Philosophy*, Book III, Vol. II, trans. Andrew Motte, 1968, p. 392; and Derek Gjertsen, *The Newton Handbook*, 1986, p. 266.

[29] L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, Vol. II, 7th ed. by H. Lauterpacht, p. 469, para. 181a.

QUATRIÈME PARTIE. UNE ÉVENTUELLE RÈGLE PROHIBITIVE ANTÉRIEURE A-T-ELLE ÉTÉ MODIFIÉE OU ANNULÉE PAR L'APPARITION D'UNE RÈGLE ULTÉRIEURE?

1. La position au début de l'ère nucléaire

L'argument défendu par certains Etats selon lequel la question de l'Assemblée générale a amené la Cour à spéculer sur des «scénarios» possibles est sous-jacent à la réponse faite par la Cour dans la deuxième phrase de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de son avis consultatif, à savoir qu'elle «ne peut ... conclure de façon définitive» à propos du point visé dans ce passage. Si cela signifie que la Cour ne pouvait pas décider sur la base de conjectures, je souscris à cet argument. Mais je ne peux aller plus loin et accepter (en supposant que cette autre proposition était également voulue) qu'en aucune circonstance la Cour ne saurait raisonner à partir d'hypothèses. C'est à tort qu'on soutiendrait, comme on le fait parfois, que l'interprétation et l'application du droit font toujours abstraction des hypothèses. Comme dans d'autres domaines de la recherche intellectuelle, une hypothèse peut s'avérer indispensable, dans des limites raisonnables, pour éprouver les limites d'une théorie ou dégager le vrai sens d'une règle. La fameuse expression *«hypotheses non fingo»* signifiait uniquement le rejet des propositions qui ne tiennent aucun compte des données réelles[28]. Les données réelles peuvent elles-mêmes laisser entrevoir des possibilités qu'il faudra explorer si la conclusion correcte doit être déduite desdites données.

Telle qu'elle était fixée immédiatement avant le début de l'ère nucléaire, la position était que, puisque les armes nucléaires n'existaient pas, il n'y avait et il ne pouvait y avoir, par hypothèse, aucune règle du droit international conventionnel ou coutumier interdisant l'emploi d'armes nucléaires «en tant que telles». Mais on ne saurait soutenir sérieusement que les effets produits par l'emploi d'armes nucléaires, lorsqu'elles ont été inventées plus tard, échapperaient au droit préexistant des conflits armés (voir paragraphes 85-86 de l'avis consultatif et ci-dessus l'affaire *Shimoda*, p. 235-236); on ne saurait se prévaloir automatiquement de la nouveauté d'une arme pour exiger légitimement une modification des lois de la guerre en vigueur[29].

Ainsi, si, immédiatement avant le début de l'ère nucléaire, la question avait été posée de savoir si des effets comme ceux que produirait plus tard l'emploi d'armes nucléaires constitueraient une violation du droit des conflits armés, la Cour pourrait bien affirmer que la réponse aurait tou-

[28] «Car tout ce qui n'est pas déduit des phénomènes doit être appelé une hypothèse». Voir sir Isaac Newton, *The Mathematical Principles of Natural Philosophy*, livre III, vol. II, traduction d'Andrew Motte, 1968, p. 392, et Derek Gjertsen, *The Newton Handbook*, 1986, p. 266.

[29] L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, vol. II, 7e édition par H. Lauterpacht, p. 469, par. 181a.

tably have been in the affirmative. If the effects so produced would have been forbidden by that law, it follows that nuclear weapons, when they later materialized, could not be used without violating that law — not, that is to say, unless that law was modified by the subsequent evolution of a law operating in the opposite direction, a point considered below.

2. The Position Subsequent to the Commencement of the Nuclear Age

A "froward retention of custom is as turbulent a thing as an innovation", says Bacon[30]. So, on the assumption that a prohibitory rule existed at the commencement of the nuclear age, it would remain to consider whether that rule was later modified or reversed by the emergence of a new rule operating in the opposite direction: would the "froward retention" of the previous prohibition of the use of nuclear weapons have been judged a "turbulent" thing?

It is necessary to have regard to the structure of the debate. The argument of some States is that there is not and never was a rule prohibitory of the use of nuclear weapons. In determining the issue so raised, a useful benchmark is the commencement of the nuclear age. The position as at that time has to be determined by reference to the law as it then stood. Subsequent developments do not form part of any process creative of any rule on the subject as at that time. If a correct finding is that, on the law as it existed at the commencement of the nuclear age, a prohibitory rule then existed, evidence of subsequent State practice cannot serve to contradict that finding by showing that, contrary to that finding, no prohibitory rule then existed. What subsequent State practice can do is to create an *opinio juris* supportive of the emergence of a new rule modifying or reversing the old rule. But it has not been suggested that, if a prohibitory rule existed at the commencement of the nuclear age, it was modified or reversed by the emergence of a later rule operating in the opposite direction. This being the case, it follows that if a prohibitory rule existed at the commencement of the nuclear age, that rule continues in force.

The same conclusion is reached even if it were in fact argued that any prior prohibitory rule was reversed by the emergence of a later rule operating in the opposite direction. The substantial and long-standing opposition within the ranks of the NNWS to the proposition that there is a right in law to use nuclear weapons would have sufficed to prevent the evolution of the *opinio juris* required to support the birth of any such new rule, and more particularly so if the earlier rule had the status of *jus cogens*. This would have been the case if the humanitarian principles on which the earlier rule was based had that status, a possibility left open by paragraph 83 of the Advisory Opinion.

[30] "Of Innovations", in J. Spedding, R. L. Ellis and D. D. Heath (eds.), *The Works of Francis Bacon*, 1890, Vol. VI, p. 433.

jours été affirmative. Si les effets ainsi produits avaient été interdits par ce droit, il s'ensuit que l'emploi d'armes nucléaires, le jour où celles-ci sont devenues une réalité, ne pouvait que constituer une violation de ce droit, à moins, bien entendu, que celui-ci ne soit modifié par une évolution ultérieure contraire, comme nous allons le voir ci-après.

2. La position après le début de l'ère nucléaire

Selon Bacon, le maintien obstiné d'une coutume est aussi perturbant qu'une innovation[30]. En supposant qu'une règle prohibitive existait au début de l'ère nucléaire, il resterait donc à examiner si cette règle a été modifiée ou annulée par l'apparition d'une règle nouvelle contraire: le «maintien obstiné» de l'interdiction antérieure de l'emploi d'armes nucléaires aurait-il été considéré comme quelque chose de «perturbant»?

Il importe de tenir compte des éléments du débat. Certains Etats soutiennent qu'il n'existe et qu'il n'a jamais existé une règle interdisant l'emploi d'armes nucléaires. Le commencement de l'ère nucléaire constitue un repère utile pour trancher la question ainsi soulevée. La position telle qu'elle était fixée à ce moment doit être déterminée par rapport au droit tel qu'il était fixé à ce moment. Des événements ultérieurs ne sauraient faire partie d'un quelconque processus ayant engendré une quelconque règle à ce sujet à cette époque-là. S'il est permis de conclure que, sur la base du droit tel qu'il existait au début de l'ère nucléaire, il y avait alors une règle prohibitive, on ne saurait tirer argument d'une pratique ultérieure des Etats pour contredire cette conclusion en montrant que, contrairement à cette conclusion, il n'y avait pas alors de règle prohibitive. Ce qu'une pratique ultérieure des Etats peut faire, c'est créer une *opinio juris* à l'appui de l'apparition d'une règle nouvelle modifiant ou annulant la règle ancienne. Mais il n'a pas été soutenu que, s'il existait une règle prohibitive au début de l'ère nucléaire, celle-ci a été modifiée ou annulée par l'apparition d'une règle ultérieure contraire. Cela étant, il s'ensuit que, s'il existait une règle prohibitive au début de l'ère nucléaire, cette règle reste en vigueur.

Cette conclusion est valable, même si on devait soutenir qu'une quelconque règle prohibitive antérieure a été annulée du fait de l'apparition d'une règle ultérieure contraire. L'opposition ferme et de longue date à laquelle se heurte dans les rangs des Etats non dotés d'armes nucléaires l'argument selon lequel l'emploi d'armes nucléaires est fondé en droit aurait suffi à empêcher l'évolution de l'*opinio juris* requise pour appuyer l'idée de la naissance d'une quelconque règle nouvelle de ce type, et ce, à fortiori, dans le cas où la règle antérieure ferait partie du *jus cogens*. Cela aurait été le cas si les principes humanitaires sur lesquels se fondait la règle antérieure avaient ce caractère, une possibilité que le paragraphe 83 de l'avis consultatif laisse en suspens.

[30] «Of Innovations», dans J. Spedding, R. L. Ellis and D. D. Heath (dir. publ.), *The Works of Francis Bacon*, 1980, vol. VI, p. 433.

One last point. Argument was made that the NWS were "States whose interests are specially affected" within the meaning of the principle relating to the creation of customary international law, as enunciated by the Court in 1969 (*North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969*, p. 43, para. 74), and that, indeed, "in the present case, a practice involving the threat or use of nuclear weapons could proceed only from States recognized as possessing the status of nuclear-weapon States" (CR 95/24, p. 3). The argument is interesting, but not persuasive. Where what is in issue is the lawfulness of the use of a weapon which could annihilate mankind and so destroy all States, the test of which States are specially affected turns not on the ownership of the weapon, but on the consequences of its use. From this point of view, all States are equally affected, for, like the people who inhabit them, they all have an equal right to exist.

For these reasons, granted the prior existence of a prohibitory rule, it was open to the Court to hold that the position taken by a considerable number of the NNWS, if not the majority, would have operated to bar the development of the *opinio juris* necessary to support the creation of a new rule rescinding the old. The old prohibitory rule would therefore have continued up to the present time.

PART V. THE DENUCLEARIZATION TREATIES AND THE NPT

Some States rely on regional denuclearization treaties and on the NPT and associated arrangements as State practice evidencing the non-existence of a prohibitory rule. Those arrangements, they argue, are only explicable on the assumption that the use of nuclear weapons was regarded by the negotiating States as lawful. They emphasize that for 50 years the NWS have been openly possessing and deploying nuclear weapons under one form or another of a policy of nuclear deterrence; that it is well known that several NNWS have been sheltering under the nuclear umbrella of a NWS; that the NWS and other States sheltering under a nuclear umbrella constitute a substantial and important part of the international community; that elements of the negative and positive security assurances given by the NWS necessarily imply recognition by the NNWS that nuclear weapons may be lawfully used; that Security Council resolution 984 (1995) expressed the Council's appreciation of the statements through which the NWS gave those assurances; and that no NNWS protested against those assurances or with the appreciation thus expressed. How should these matters be evaluated?

J'ajouterai un dernier point. On a soutenu que les Etats dotés d'armes nucléaires étaient des «Etats qui sont particulièrement intéressés» au sens du principe ayant trait à la formation d'une règle de droit international coutumier, tel qu'il a été énoncé par la Cour en 1969 (*Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 43, par. 74) et que, en effet, «en l'espèce, une pratique de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires ne pourrait venir que des Etats auxquels le statut d'Etat doté d'armes nucléaires a été reconnu» (CR 95/24, p. 3). L'argument est intéressant, mais il ne convainc pas. Lorsque, ce qui est en jeu, c'est la licéité de l'emploi d'une arme susceptible d'anéantir l'humanité et donc tous les Etats, la question de savoir quels sont les Etats particulièrement intéressés vise non la propriété de l'arme, mais les conséquences de son utilisation. De ce point de vue, tous les Etats sont également intéressés, car, à l'instar de ceux qui y habitent, ils ont tous le même droit d'exister.

Pour ces raisons, étant donné l'existence antérieure d'une règle prohibitive, la Cour pouvait estimer que la position prise par un très grand nombre, sinon la plupart des Etats non dotés d'armes nucléaires aurait eu pour effet d'empêcher la formation de l'*opinio juris* requise pour appuyer la création d'une règle nouvelle annulant la règle ancienne. La règle prohibitive ancienne se serait donc maintenue jusqu'à ce jour.

CINQUIÈME PARTIE. LES TRAITÉS DE DÉNUCLÉARISATION ET LE TRAITÉ SUR LA NON-PROLIFÉRATION

Certains Etats veulent voir dans les traités de dénucléarisation régionale et dans le traité sur la non-prolifération et autres accords connexes une pratique des Etats attestant la non-existence d'une règle prohibitive. Selon eux, ces arrangements ne peuvent s'expliquer que si on admet que les Etats qui les ont conclus considéraient l'emploi d'armes nucléaires comme licite. Ils soulignent que, depuis un demi-siècle, les Etats dotés d'armes nucléaires possèdent et déploient ouvertement des armes nucléaires dans le cadre d'une ou d'une autre forme de politique de dissuasion nucléaire; que c'est un fait bien connu que plusieurs Etats non dotés d'armes nucléaires s'abritent sous le parapluie nucléaire d'un Etat doté d'armes nucléaires; que les Etats dotés d'armes nucléaires et les autres Etats qui s'abritent sous un parapluie nucléaire représentent une partie importante de la communauté internationale; que certains éléments des garanties de sécurité négatives et positives données par les Etats dotés d'armes nucléaires impliquent nécessairement la reconnaissance par les Etats non dotés d'armes nucléaires que celles-ci peuvent être employées licitement; que le Conseil de sécurité, dans sa résolution 984 (1995), a pris acte avec satisfaction des déclarations dans lesquelles les Etats dotés d'armes nucléaires ont donné ces assurances; et que les Etats non dotés d'armes nucléaires n'ont pas protesté contre ces assurances ou contre la satisfaction ainsi exprimée. Que faut-il penser de ces arguments?

The position as at the beginning of the nuclear age was either that there was no rule prohibiting States from producing effects of the kind which could later be produced by nuclear weapons, or that there was such a prohibitory rule. If there was no such prohibitory rule, it is not necessary to consider in detail whether subsequent State practice introduced one, for the known position of the NWS and those of the NNWS sheltering under a nuclear umbrella, representing a substantial and important part of the international community, would have prevented the crystallization of the *opinio juris* required to create such a rule: the non-existence of a prohibitory rule would continue to this day, and the case of the proponents of legality succeeds.

On the opposite view that there was a prior prohibitory rule, there is equally no need to consider subsequent State practice in any detail. As has been argued, if, on the basis of the law as it stood at the commencement of the nuclear age, it is found that there then existed a prohibitory rule, that finding as to what was the then state of the law cannot be contradicted by later developments. Later developments may only be considered for the purpose of determining whether they represented a State practice which brought into being a new rule modifying or rescinding the prior prohibitory rule. But then the known position of the majority of the NNWS, also representing a substantial and important part of the international community, would have barred the development of the *opinio juris* required for the creation of a modifying or rescinding rule: the prior prohibitory rule would thus continue to this day, and the case of the proponents of illegality succeeds.

On either view, it is accordingly not necessary to consider later developments in any detail. As there has been much debate over regional denuclearization treaties and the NPT, I shall nevertheless say something about these. In my opinion, the Court could hold that they do not show that the proponents of illegality accepted the legality of the use of nuclear weapons.

* *

First, as to the regional denuclearization treaties. It will be convenient to deal with one only, namely, the Treaty of Tlatelolco of 1967. The preamble to this treaty stated that "the proliferation of nuclear weapons" seemed "inevitable unless States, in the exercise of their sovereign rights, impose restrictions on themselves in order to prevent it". The treaty being concerned with both possession and use, there is force in the argument that that statement recognized that there was a sovereign right in law to use such weapons. That inference does not however necessarily follow when regard is had to the fact that the preamble also said that the use of such a weapon could result in "an attack on the integrity of the human species and ultimately may even render the whole earth uninhabitable".

La position, si l'on se place au commencement de l'ère nucléaire, était soit qu'il n'existait pas de règle interdisant aux Etats de produire des effets du type de ceux qui seraient produits plus tard par les armes nucléaires, soit qu'il existait une telle règle prohibitive. Dans le premier cas, il n'est pas nécessaire d'examiner de manière approfondie si la pratique ultérieure des Etats a introduit une règle prohibitive, car la position bien connue des Etats dotés d'armes nucléaires et des Etats non dotés d'armes nucléaires s'abritant sous un parapluie nucléaire, qui représentent une partie importante de la communauté internationale, aurait empêché la cristallisation de l'*opinio juris* requise pour créer une telle règle: la non-existence d'une règle prohibitive continuerait jusqu'à ce jour, et les tenants de la licéité auraient raison.

Dans le second cas, s'il existait antérieurement une règle prohibitive, il n'est pas nécessaire non plus d'examiner en détail la pratique ultérieure des Etats. Comme on l'a déjà dit, si, en partant du droit tel qu'il était fixé au commencement de l'ère nucléaire, on constate qu'il existait alors une règle prohibitive, cette constatation concernant l'état du droit à cette époque ne peut être contredite par une évolution ultérieure. On ne peut tenir compte d'une telle évolution qu'à l'effet de déterminer si elle représentait une pratique des Etats ayant donné naissance à une règle nouvelle qui a modifié ou annulé la règle prohibitive antérieure. Mais, dans ce cas, la position bien connue de la majorité des Etats non dotés d'armes nucléaires, qui représentent également une partie importante de la communauté internationale, aurait empêché la formation de l'*opinio juris* requise pour créer une règle modifiant ou annulant la règle prohibitive antérieure. Cette dernière aurait donc continué jusqu'à ce jour, et les tenants de l'illicéité auraient raison.

Dans les deux cas, il n'est donc pas nécessaire d'examiner en détail l'évolution ultérieure. Comme les traités de dénucléarisation régionale et le traité sur la non-prolifération ont donné lieu à de nombreuses discussions, je dirai cependant quelques mots à ce sujet. Selon moi, la Cour pouvait conclure qu'ils n'attestent pas que les tenants de l'illicéité ont admis la licéité de l'emploi d'armes nucléaires.

* *

Examinons tout d'abord les traités de dénucléarisation régionale. Pour plus de commodité, je m'en tiendrai à un seul d'entre eux, le traité de Tlatelolco de 1967. Dans le préambule de ce traité, les Etats signataires affirmaient que la «prolifération des armes nucléaires» semblait «inévitable à moins que les Etats, dans l'exercice de leurs pouvoirs souverains, ne s'imposent des restrictions pour l'empêcher». Comme le traité concernait tant la possession que l'emploi, l'argument selon lequel cette déclaration reconnaissait l'existence d'un droit souverain d'employer de telles armes semble avoir un certain poids. Ce raisonnement présente cependant une faille, si l'on considère qu'il est dit également dans le préambule que ces armes «constituent ... une atteinte à l'intégrité de l'es-

The better interpretation of the treaty is that it was, objectively, directed to the establishment of a régime to ensure that Latin America would be nuclear-free, given that nuclear weapons in fact existed and might in fact be used; the treaty did not rest on an assumption that there existed a right in law to use weapons which could "render the whole earth uninhabitable". Reservations or declarations made by the NWS on signing or ratifying Protocol II to the treaty did rest on an assumption that there was a right of use; but it is risky to infer that, by remaining silent, States parties to the treaty acquiesced in that assumption in the light of the fact that, both before and after the conclusion of the treaty, many of them were on record as affirming through the General Assembly and otherwise that the use of such weapons would be a crime.

* *

Next as to the NPT. This calls for fuller discussion; the arguments were more intense. Some States, or one or another of them, argued that a right to use nuclear weapons formed part of the inherent right of self-defence; that the inherent right of self-defence was inalienable; that it had a fundamental and overriding character; that it was the most fundamental right of all; but that it could be restricted by express treaty provisions. It followed that some States could retain their right to use nuclear weapons, while others could competently agree to forego it. The argument adds that acceptance of a right to possess such weapons under the NPT implies acknowledgment of a right of use.

*

These arguments are weighty; they demand careful consideration. A difficulty lies, however, in the characterization of a right to use nuclear weapons as being a part of the right of self-defence. If the characterization is correct, it is not easy to appreciate how the proponents of illegality, which were parties to the NPT, would have intended voluntarily to forego an important part of their inherent right of self-defence whilst agreeing that the right would be retained in full by the NWS. The third preambular paragraph of the NPT showed that the treaty was concluded in

> "conformity with resolutions of the United Nations General Assembly calling for the conclusion of an agreement on the prevention of wider dissemination of nuclear weapons".

Those resolutions would include General Assembly resolution 2028 (XX) of 19 November 1965, paragraph 2 *(b)* of which laid it down that a non-proliferation treaty "should embody an acceptable balance of mutual responsibilities and obligations of the nuclear and non-nuclear Powers". It is hard to see how that prescription could find an acceptable reflection in an asymmetrical enjoyment of so fundamental a right as the inherent right of self-defence.

There would be difficulty also in following how it is that what is inalienable for some States is alienable for others. It is an attribute of sovereignty that a State may by agreement restrain the exercise of its competence; yet how far it may do so without losing its status as a State is another question [31]. Since the right of self-defence is "inherent" in a State, it is not possible to conceive of statehood which lacks that characteristic. See the illustration in General Assembly resolution 49/10 of 3 November 1994,

> "[r]eaffirming . . . that as the Republic of Bosnia and Herzegovina is a sovereign, independent State and a Member of the United Nations, it is entitled to all rights provided for in the Charter of the United Nations, including the right to self-defence under Article 51 thereof".

Arrangements for the exercise of the right of self-defence are a different matter. But, so far as the right itself is concerned, if the right includes a right to use nuclear weapons, the latter is not a small part of the former. It was no doubt for this reason that, in the parallel case brought by the World Health Organization, it was argued that to "deny the victim of aggression the right to use the only weapons which might save it would be to make a mockery of the inherent right of self-defence" [32]. The argument is understandable, granted the premise that the right to use nuclear weapons is part of the inherent right of self-defence. The question is whether the premise is correct. For, if it is correct, then, by the same token, there is difficulty in seeing how the NNWS which were parties to the NPT could have wished to part with so crucially important a part of their inherent right of self-defence.

It is possible to see the NNWS agreeing that, because of the dangers represented by nuclear weapons, they would not acquire such weapons, on the basis that the NWS, which already had such weapons, would take steps to eliminate them. It is less easy to see how the NNWS would, on the ground of such dangers, agree to deprive themselves of the opportu-

[31] See argument of M. Yasseen in *I.C.J. Pleadings, Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, pp. 298-299.

[32] Statement of the Government of the United Kingdom (para. 24), in the case concerning *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Request for Advisory Opinion).

Au nombre de ces résolutions figure la résolution 2028 (XX) du 19 novembre 1965, dont le paragraphe 2 *b)* prévoit qu'un traité de non-prolifération «devra établir un équilibre acceptable de responsabilités et d'obligations mutuelles entre puissances nucléaires et puissances non nucléaires». On voit mal comment cette prescription pourrait se traduire de façon acceptable par un exercice asymétrique d'un droit aussi fondamental que le droit naturel de légitime défense.

Il est difficile également d'admettre que ce qui est inaliénable pour certains Etats est aliénable pour d'autres. En vertu de sa souveraineté, un Etat peut convenir de limiter l'exercice de sa compétence, mais on peut se demander jusqu'où il peut le faire sans perdre sa qualité d'Etat[31]. Le droit de légitime défense étant un droit «naturel» d'un Etat, il n'est pas possible de concevoir une qualité d'Etat sans une telle caractéristique. Voir, par exemple, la résolution 49/10 du 3 novembre 1994 dans laquelle l'Assemblée générale réaffirme

> «que la République de Bosnie-Herzégovine, Etat souverain, indépendant et Membre de l'Organisation des Nations Unies, est fondée en droit à se prévaloir de tous les droits prévus dans la Charte des Nations Unies, y compris le droit de légitime défense conformément à l'article 51 de ladite Charte».

Les dispositions prévues pour l'exercice du droit de légitime défense constituent un problème différent. Mais, pour ce qui est du droit lui-même, s'il comprend le droit d'employer des armes nucléaires, ce dernier droit n'est assurément pas une partie négligeable du premier. C'était sans doute pour cette raison que, dans une demande parallèle d'avis consultatif présentée par l'Organisation mondiale de la Santé, il a été soutenu que «dénier à la victime d'une agression le droit d'employer les seules armes qui pourraient la sauver serait tourner en dérision le droit naturel de légitime défense»[32]. L'argument se comprend, si l'on admet la prémisse que le droit d'employer des armes nucléaires fait partie du droit naturel de légitime défense. La question est de savoir si cette prémisse est exacte. Car, si c'est le cas, il devient du même coup difficile de voir comment les Etats non dotés d'armes nucléaires qui étaient parties au traité sur la non-prolifération auraient pu vouloir renoncer à un élément aussi essentiel de leur droit naturel de légitime défense.

Il est possible de concevoir que les Etats non dotés d'armes nucléaires seraient convenus, en raison du danger que constituaient les armes nucléaires, de ne pas acquérir de telles armes, en se fondant sur l'idée que les Etats dotés de l'arme nucléaire, qui possédaient déjà de telles armes, prendraient des mesures pour les éliminer. Il est plus difficile de concevoir

[31] Voir la thèse de M. Yasseen dans *C.I.J. Mémoires, Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*, p. 298-299.

[32] Déclaration du Gouvernement du Royaume-Uni, par. 24, dans l'affaire de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé* (requête pour avis consultatif).

nity of using such weapons in exercise of their inherent right of self-defence whilst nevertheless agreeing that such weapons, notwithstanding the same dangers, could be legally used by the NWS in exercise of their own inherent right of self-defence and used in some circumstances against the NNWS. The Court could not uphold so unbalanced a view of the scheme of the NPT without endorsing the controversial thesis that its real thrust was not so much to prevent the spread of a dangerous weapon, as to ensure that enjoyment of its use was limited to a minority of States. The difference in perceived objectives is material to the correctness of the interpretation to be placed on the treaty.

A further area of nuclear weapon discrepancy could arise as between non-NPT States and the NNWS which are parties to the NPT. On the argument for legality, the former would have a right in law to use nuclear weapons in self-defence, whereas the latter would have foregone the exercise of that right even in relation to the former. For, since a NNWS, which is a party to the NPT, cannot possess nuclear weapons without breaching the treaty, it follows that it cannot threaten or use nuclear weapons even in relation to non-parties to the treaty, although the latter, not being bound by the treaty, may have gone on to develop, acquire and possess such weapons. In the result, a NNWS which is a party to the NPT would be prevented by the treaty from exercising the full measure of its inherent right of self-defence under Article 51 of the Charter, notwithstanding that the non-party to the treaty would be entitled to use such weapons in exercise of its own inherent right of self-defence under that Article.

*

These difficulties suggest that it is necessary to distinguish between the inherent right of self-defence and the means by which the right is exercisable. A State using force in self-defence is acting legally under the *jus ad bellum*. But, whether a State is acting legally or illegally under the *jus ad bellum*, if it is in fact using force it must always do so in the manner prescribed by the *jus in bello*. It is the *jus in bello* which lays down whether or not a particular means of warfare is permissible. Thus, where the use of a particular weapon is proscribed by the *jus in bello*, the denial of the use of that weapon is not a denial of the right of self-defence of the attacked State: the inherent right of self-defence spoken of in Article 51 of the Charter simply does not comprehend the use of the weapon in

que les Etats non dotés de l'arme nucléaire auraient accepté, compte tenu du danger constitué par ces armes, de se priver de la possibilité d'employer de telles armes dans l'exercice de leur droit naturel de légitime défense, tout en acceptant cependant que de telles armes, nonobstant le même danger, puissent être employées licitement par les Etats dotés de l'arme nucléaire dans l'exercice de leur propre droit naturel de légitime défense et puissent être utilisées dans certaines circonstances contre les Etats non dotés d'armes nucléaires. La Cour ne saurait faire sienne une conception aussi déséquilibrée du régime du traité sur la non-prolifération sans donner son aval à la thèse discutable selon laquelle le traité visait moins à empêcher la prolifération d'une arme dangereuse qu'à garantir le monopole de son emploi à une minorité d'Etats. Pour bien interpréter le traité, il faut tenir compte de cette manière différente d'en percevoir les objectifs.

Un autre domaine où il pourrait y avoir une disparité du point de vue de l'arme nucléaire concerne les Etats qui ne sont pas parties au traité sur la non-prolifération et les Etats non dotés de l'arme nucléaire qui sont parties au traité. Selon les tenants de la licéité, les premiers cités seraient fondés en droit à employer des armes nucléaires dans le cadre de la légitime défense, alors que les derniers auraient renoncé à l'exercice de ce droit même à l'égard des premiers. En effet, un Etat non doté d'armes nucléaires qui est partie au traité sur la non-prolifération ne pouvant posséder d'armes nucléaires sans violer le traité, il s'ensuit qu'il ne peut recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires même à l'égard des Etats qui ne sont pas parties au traité, alors que ceux-ci n'étaient pas tenus par le traité ou ont peut-être entrepris de mettre au point, d'acquérir ou de posséder de telles armes. De ce fait, un Etat non doté d'armes nucléaires qui est partie au traité sur la non-prolifération se trouverait empêché par le traité d'exercer pleinement son droit naturel de légitime défense conformément à l'article 51 de la Charte, alors qu'un Etat qui n'est pas partie au traité serait habilité à employer de telles armes dans l'exercice de son propre droit naturel de légitime défense conformément à cet article.

*

Compte tenu de ces difficultés, il faut établir une distinction entre le droit naturel de légitime défense et les moyens qui permettent de l'exercer. Un Etat qui recourt à la force dans l'exercice de la légitime défense agit licitement selon le *jus ad bellum*. Mais que cet Etat agisse licitement ou illicitement selon le *jus ad bellum*, s'il a recours effectivement à la force, il doit toujours le faire de la manière prescrite par le *jus in bello*. C'est ce même *jus in bello* qui détermine si tel moyen de guerre est ou non autorisé. Lorsque le *jus in bello* interdit donc l'emploi d'une arme donnée, cette interdiction ne constitue pas un déni du droit de légitime défense de l'Etat attaqué: simplement, le droit naturel de légitime défense énoncé à l'article 51 de la Charte n'englobe pas l'emploi de l'arme en

question. The legal answer to the possible plight of the victim State is given by the principle, as enunciated by the United States Military Tribunal at Nuremberg on 19 February 1948, that "the rules of international law must be followed even if it results in the loss of a battle or even a war. Expediency or necessity cannot warrant their violation . . ."[33].

A reasonable view is that the proponents of illegality which were parties to the NPT did not consider that they were contracting away an important part of their inherent right of self-defence, but that they acted on the view that a State's inherent right of self-defence did not include a right to use nuclear weapons. If they considered that a right to use nuclear weapons was an integral part of so fundamental a right as the inherent right of self-defence, it is difficult to see why they should have intended to agree that such weapons could be used only by some, and not by all. On the other hand, if they acted on the basis that a right to use such weapons was not part of the inherent right of self-defence, this governs, or at any rate qualifies and explains, the NPT arrangements, inclusive of the 1995 extension, the positive and negative assurances, and the Security Council statements set out in its resolution 984 (1995). As was pointed out by Solomon Islands, all of these arrangements formed part of a declared process for eliminating nuclear weapons; it is not persuasive to interpret them as implying acceptance by the NNWS of the legality of the use of such weapons. Answering an argument that, through the NPT, the "nuclear-weapon States were being given a legal basis for the maintenance of their nuclear arsenals", New Zealand submitted, correctly in my view, that

> "the very raison d'être of the Treaty . . . is based on a recognition that nuclear weapons are different. The judgment made was that, in view of the uniquely destructive potential of such weapons, and human nature being what it is, the only option for humanity was to rid itself of these weapons entirely. The threat that the weapons represent hangs over the security of the whole international community. They also constitute a threat, and a challenge, to the international legal order." (CR 95/28, p. 36.)

In the light of the foregoing, the Court could read the NPT this way. As stated in the preamble, all parties, both the NWS and the NNWS,

[33] The *List* case, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. XI, 1950, p. 1272; and see, *ibid.*, pp. 1236 and 1254. See also the remarks of the United States Military Tribunal at Nuremberg in *Krupp*'s case, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, p. 628.

question. La réponse d'ordre juridique à la situation critique de l'Etat victime se trouve dans le principe énoncé, le 19 février 1948, par le Tribunal militaire des Etats-Unis à Nuremberg, selon lequel les règles du droit international doivent être respectées, même s'il en résulte la perte d'une bataille, voire de la guerre. L'opportunité ou la nécessité ne peuvent justifier la violation de ces règles[33].

On peut considérer raisonnablement que les tenants de l'illicéité qui étaient parties au traité sur la non-prolifération n'ont pas estimé qu'ils renonçaient à une partie importante de leur droit naturel de légitime défense, mais qu'ils considéraient que le droit naturel de légitime défense d'un Etat ne comportait pas le droit d'employer des armes nucléaires. S'ils avaient estimé que le droit d'employer des armes nucléaires faisait partie intégrante d'un droit aussi fondamental que le droit naturel de légitime défense, on a du mal à comprendre pourquoi ils auraient entendu accepter que de telles armes puissent être employées par certains Etats et non par tous. Par ailleurs, s'ils considéraient que le droit d'employer de telles armes ne faisait pas partie du droit naturel de légitime défense, cette considération détermine ou en tout cas précise et explique les accords du traité sur la non-prolifération, y compris la prorogation décidée en 1995, les garanties de sécurité positives et négatives et les déclarations faites devant le Conseil de sécurité mentionnées dans la résolution 984 (1995) de ce dernier. Comme le représentant des Iles Salomon l'a signalé, tous ces arrangements s'inscrivaient dans le cadre d'un processus délibéré d'élimination des armes nucléaires; les interpréter comme impliquant l'acceptation par les Etats non dotés d'armes nucléaires de la licéité de l'emploi de ces armes n'est pas convaincant. En réponse à un argument selon lequel «le traité assurait aux Etats dotés de l'arme nucléaire une base légale pour le maintien de leur armement nucléaire», le représentant de la Nouvelle-Zélande a déclaré, à bon droit me semble-t-il, que

> «la raison d'être du traité ... est fondée sur la reconnaissance de la différence intrinsèque des armes nucléaires. On était parvenu à la conclusion que, du fait du potentiel destructif exceptionnel de ces armes, et la nature humaine étant ce qu'elle est, la seule option qui restait à l'humanité, c'était de se débarrasser totalement de ces armes. Ces armes représentent une menace qui compromet la sécurité de toute la communauté internationale. Elles représentent également une menace, ainsi qu'un défi pour l'ordre juridique international lui-même.» (CR 95/28, p. 36.)

Compte tenu de ce qui précède, voici comment la Cour pourrait interpréter le traité sur la non-prolifération. Comme indiqué dans le préam-

[33] L'affaire *List, Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. XI, 1950, p. 1272; voir aussi, *ibid.*, p. 1236 et 1254. Voir aussi les observations du Tribunal militaire des Etats-Unis à Nuremberg dans l'affaire *Krupp, Annual Digest and Reports on Public International Law Cases*, 1948, p. 628.

recognized "the devastation that would be visited upon all mankind by a nuclear war . . .". The spread of nuclear weapons should therefore be halted, and States which, by their own declarations, already possessed them should eliminate them. As this would take time, the NWS would of necessity continue in possession until final elimination. This was recognition of a fact which could not suddenly be wished away, and tolerance of that fact transitionally; it was not acquiescence in a right of use. Such an acknowledgment would have been at variance with the repeated affirmation by many NNWS, through General Assembly resolutions and otherwise, and made both before and after the conclusion of the NPT, that the use of such weapons would be contrary to the Charter, to the rules of international law and the laws of humanity, and a crime against mankind and civilization.

*

It remains to consider whether this conclusion is impaired by the security assurances given by the NWS to the NNWS. In contrast with the reservations made by four of the five NWS in their negative assurances of a right to use nuclear weapons against the NNWS in certain circumstances, the positive assurances did not include a commitment to use nuclear weapons in defence of a NNWS attacked with nuclear weapons and therefore did not imply a claim to a right to use nuclear weapons. A claim to a right to use nuclear weapons is however clearly implied in the negative assurances; that need not be discussed. The question is whether the claim to such a right has been accepted by the international community.

It will be convenient to take, first, the reaction of the Security Council. Paragraph 1 of its resolution 984 (1995), adopted unanimously, recorded that the Council

> "[t]akes note with appreciation of the statements made by each of the nuclear-weapon States (S/1995/261, S/1995/262, S/1995/263, S/1995/264, S/1995/265), in which they give security assurances against the use of nuclear weapons to non-nuclear-weapon States that are Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons".

It is argued that the "appreciation" with which the Security Council noted the statements made by each of the NWS implied an acknowledgment by it of a right in law to use nuclear weapons, and more particularly in the light of a reaffirmation in paragraph 9 of the resolution of the inherent right of self-defence under Article 51 of the Charter. The argu-

bule, toutes les parties, tant les Etats dotés de l'arme nucléaire que les Etats non dotés d'armes nucléaires, ont reconnu «les dévastations qu'une guerre nucléaire ferait subir à l'humanité entière...» Il fallait donc empêcher la prolifération des armes nucléaires, et les Etats qui, selon leurs propres déclarations, possédaient déjà de telles armes devaient les éliminer. Comme cela prendrait du temps, les Etats dotés de l'arme nucléaire continueraient nécessairement d'en posséder jusqu'à leur élimination finale. On prenait acte d'une situation qu'il n'était pas possible de changer du jour au lendemain et que l'on admettait à titre transitoire; on ne reconnaissait pas le droit d'employer ces armes, car cela aurait été en contradiction avec les affirmations réitérées faites par de nombreux Etats non dotés d'armes nucléaires, par le biais des résolutions de l'Assemblée générale et par d'autres moyens, tant avant la conclusion du traité sur la non-prolifération qu'après celle-ci, à savoir que l'emploi de telles armes irait à l'encontre de la Charte, des règles du droit international et des lois de l'humanité, et serait un crime contre l'humanité et la civilisation.

*

Il reste à examiner si cette conclusion est affaiblie par les garanties de sécurité données par les Etats dotés d'armes nucléaires aux Etats qui n'en détiennent pas. Contrairement aux réserves dont quatre des cinq Etats dotés de l'arme nucléaire ont assorti leurs garanties négatives, réserves affirmant le droit d'employer les armes nucléaires dans certaines circonstances contre les Etats non dotés d'armes nucléaires, les garanties positives n'énonçaient pas un engagement d'employer des armes nucléaires pour défendre un Etat non doté d'armes nucléaires attaqué avec des armes nucléaires et n'impliquaient dont pas une revendication d'un droit d'employer des armes nucléaires. Toutefois, les garanties négatives impliquent clairement l'existence du droit d'employer des armes nucléaires; il n'y a pas lieu de s'attarder sur ce point. La question est de savoir si la revendication de ce droit a été admise par la communauté internationale.

On examinera pour commencer la réaction du Conseil de sécurité. Au paragraphe 1 de sa résolution 984 (1995), qui a été adoptée à l'unanimité, il est indiqué que celui-ci

> «[p]rend acte avec satisfaction des déclarations faites par chacun des Etats dotés de l'arme nucléaire (S/1995/261, S/1995/262, S/1995/263, S/1995/264, S/1995/265), dans lesquelles ceux-ci ont donné aux Etats non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes».

On a soutenu que la «satisfaction» avec laquelle le Conseil de sécurité a pris acte des déclarations faites par chacun des Etats dotés de l'arme nucléaire impliquait qu'il reconnaissait le droit d'employer des armes nucléaires, et ceci plus particulièrement à la lumière de la réaffirmation au paragraphe 9 de la résolution du droit naturel de légitime défense garanti

ment, which is a forceful one, makes it necessary to consider what it was that the Council's "appreciation" referred to.

Viewed in context and in particular in the light of the preamble to the resolution, the focus of paragraph 1 of the resolution was directed to the objective fact that negative security assurances had been given in the cited statements; the paragraph referred to the statements of the NWS as statements "in which they give security assurances against the use of nuclear weapons to non-nuclear-weapon States . . .". The resolution did not refer to the statements as statements in which the NWS "reserved a right to use nuclear weapons against the NNWS in certain circumstances", as it could have done had the Council intended to indicate that its expression of appreciation extended thus far. The Council could not say so in respect of all five of the NWS because one of them, namely, China, did not reserve such a right (see paragraph 59 *(c)* of the Court's Advisory Opinion). On the contrary, in paragraph 2 of its statement, China said, "China undertakes not to use or threaten to use nuclear weapons against non-nuclear-weapon States or nuclear weapon-free zones at any time or under any circumstances"; this was the opposite of the reservation of such a right. It may be argued that the statement nonetheless implied the existence of a right to use nuclear weapons. The question, however, is how was the Security Council's expression of "appreciation" to be understood. The Court could not reasonably say that the Council's "appreciation" was to be understood as extending to the reservations made by four of the five NWS of a right to use nuclear weapons against the NNWS without also saying that it extended to China's undertaking, to the opposite effect, not to use nuclear weapons against the NNWS "at any time or under any circumstances".

In the result, the proponents of illegality, reading the text of the resolution, would not have thought that the "appreciation" expressed by the Security Council extended to those aspects of the statements in which four of the five NWS reserved a right to use nuclear weapons against the NNWS in certain circumstances, which included a situation in which there was no prior use of nuclear weapons against the NWS reserving and exercising such a right. On its part, the Court could not understand the "appreciation" expressed by the Security Council as intended to affirm the existence of such a right without also understanding it to be affirming that, in the view of the Security Council, there were two groups of States legally differentiated in the important sense that one group was entitled in law to use nuclear weapons against the other in certain circumstances, without the latter being correspondingly entitled in law to use such weapons against the former in any circumstances. The Court

par l'article 51 de la Charte. Cet argument a du poids et doit nous amener à rechercher ce qui suscitait la «satisfaction» du Conseil.

L'accent du paragraphe 1 de la résolution, considéré dans le contexte et en particulier à la lumière du préambule, était mis sur le fait objectif que des garanties de sécurité négatives avaient été données dans lesdites déclarations; il était fait mention des déclarations des Etats dotés de l'arme nucléaire en tant que constituant des déclarations «dans lesquelles ceux-ci ont donné aux Etats non dotés d'armes nucléaires ... des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes...» La résolution ne se référait pas aux déclarations en tant que constituant des déclarations dans lesquelles les Etats dotés de l'arme nucléaire «se réservaient le droit d'employer des armes nucléaires dans certains circonstances contre les Etats non dotés d'armes nucléaires», comme elle aurait pu le faire si le Conseil avait entendu indiquer que sa satisfaction s'étendait à cet objet. Le Conseil ne pouvait s'exprimer de la sorte à propos des cinq Etats dotés de l'arme nucléaire, l'un d'eux, à savoir la Chine, ne s'étant pas réservé un tel droit (voir paragraphe 59, lettre *c)*, de l'avis consultatif de la Cour). Au contraire, au paragraphe 2 de sa déclaration, la Chine avait dit qu'«[elle] s'engage à n'employer ou menacer d'employer des armes nucléaires contre des Etats non dotés d'armes nucléaires ou des zones exemptes d'armes nucléaires à aucun moment et en aucune circonstance»; elle faisait donc tout, sauf se réserver un tel droit. On pourrait soutenir que cette déclaration impliquait néanmoins l'existence du droit d'employer des armes nucléaires. Cependant, la question est de savoir comment il faut interpréter l'expression par le Conseil de sécurité de sa «satisfaction». La Cour ne saurait dire raisonnablement que la «satisfaction» du Conseil devait s'entendre comme visant aussi les réserves faites par quatre des cinq Etats dotés de l'arme nucléaire par lesquelles ils se réservaient le droit d'employer des armes nucléaires contre les Etats non dotés d'armes nucléaires, sans dire aussi que sa satisfaction visait également l'engagement de la Chine, tout différent, de n'employer des armes nucléaires contre les Etats non dotés d'armes nucléaires, «à aucun moment et en aucune circonstance».

En définitive, les tenants de l'illicéité, à la lecture du texte de la résolution, n'auraient pas pensé que la «satisfaction» exprimée par le Conseil de sécurité visait aussi ces aspects des déclarations dans lesquels quatre des cinq Etats dotés de l'arme nucléaire se réservaient le droit d'employer des armes nucléaires contre les Etats non dotés d'armes nucléaires dans certaines circonstances, dont une situation dans laquelle des armes nucléaires n'étaient pas employées en premier contre les Etats dotés de l'arme nucléaire qui se réservaient et exerçaient un tel droit. Pour sa part, la Cour ne saurait interpréter la «satisfaction» exprimée par le Conseil de sécurité comme visant à affirmer l'existence d'un tel droit, sans l'interpréter également comme l'affirmation que, aux yeux du Conseil de sécurité, il existait deux groupes d'Etats juridiquement distincts, en ce sens qu'un groupe était fondé en droit à employer des armes nucléaires contre l'autre groupe dans certaines circonstances, alors que celui-ci ne serait fondé en

would need to pause before imputing such a view to the Security Council. In circumstances in which it was known that the existence of a right to use nuclear weapons was in contest, the "appreciation" expressed by the Security Council in its resolution can reasonably be understood as directed to the fact that the NWS had given "security assurances against the use of nuclear weapons to non-nuclear-weapon States . . .", as stated in the resolution itself, without being intended to give recognition to the existence of a legal right of use by indirectly passing on the debated issue as to whether there was such a right.

An argument of some strength is based on the fact that, in paragraph 9 of its resolution, the Security Council reaffirmed

> "the inherent right, recognized under Article 51 of the Charter, of individual and collective self-defence if an armed attack occurs against a member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security".

Although this statement did not refer to a right to use nuclear weapons, the argument is that, in the context in which it was made, it implied that, in the view of the Security Council, the inherent right of self-defence included a right to use nuclear weapons. It would not appear, however, that the correctness of any such implication of paragraph 9 of the resolution was accepted by those of the NNWS who spoke before the Security Council. What Malaysia said was that that "paragraph sidesteps the question of the legality of the use of nuclear weapons because it justifies the use or threat of nuclear weapons in cases of 'self-defence'" (S/PV.3514, 11 April 1995, p. 15). Thus, however much paragraph 9 may be understood as seeking to justify the threat or use of nuclear weapons in cases of self-defence, in the view of Malaysia the paragraph did not succeed in doing so but only side-stepped the question. Egypt associated itself with Indonesia as "speaking . . . on behalf of the non-aligned States"; the statement made by Indonesia does not suggest an intention to abandon the known position of that group of States on the subject of legality. India specifically recalled that at

> "the forty-ninth session of the General Assembly, the international community decided to seek an advisory opinion from the International Court of Justice on whether the threat or use of nuclear weapons is permissible under international law in any circumstances" (*ibid.*, p. 6).

India added:

> "One would hope that by offering a draft resolution of this kind, the nuclear-weapon States are not telling the non-members of the NPT that they, the nuclear-weapon States, are free to use nuclear

droit à utiliser des armes contre le premier groupe en aucune circonstance. La Cour devrait bien réfléchir avant d'imputer une telle vue au Conseil de sécurité. Dans des circonstances où l'on savait que l'existence du droit d'employer des armes nucléaires était contesté, la «satisfaction» exprimée par le Conseil de sécurité dans sa résolution peut s'interpréter raisonnablement comme visant le fait que les Etats dotés de l'arme nucléaire avaient «donné aux Etats non dotés d'armes nucléaires ... des garanties de sécurité contre l'emploi de telles armes...», comme cela est indiqué dans la résolution elle-même, en dehors de toute intention de reconnaître l'existence du droit d'employer de telles armes en esquivant la question débattue, qui était de savoir s'il existait un tel droit.

Un argument qui ne manque pas de poids se fonde sur le fait qu'au paragraphe 9 de sa résolution le Conseil de sécurité a réaffirmé

> «le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, que l'article 51 de la Charte reconnaît à un Membre des Nations Unies qui est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales».

Cette déclaration ne se référait pas au droit d'employer des armes nucléaires, mais on soutient que, dans le contexte où elle a été faite, elle impliquait qu'aux yeux du Conseil de sécurité le droit naturel de légitime défense comprenait le droit d'employer des armes nucléaires. Il ne semble pas, cependant, que le bien-fondé de cette interprétation du paragraphe 9 de la résolution ait été admis par ceux des Etats non dotés d'armes nucléaires qui ont pris la parole devant le Conseil de sécurité. Pour sa part, la Malaisie a dit que «[c]e paragraphe écarte la question de la légalité de l'emploi d'armes nucléaires, car il justifie l'emploi ou la menace de l'emploi d'armes nucléaires en cas de légitime défense» (S/PV.3514, 11 avril 1995, p. 15). Ainsi donc, même si le paragraphe 9 pouvait être interprété comme une tentative de justifier la menace ou l'emploi d'armes nucléaires en cas de légitime défense, la Malaisie a estimé que le paragraphe n'était pas parvenu à ses fins, et n'avait fait qu'écarter la question. L'Egypte s'est associée à l'Indonésie «s'exprimant ... au nom des Etats non alignés»; la déclaration faite par l'Indonésie ne donne pas à penser qu'elle entendait abandonner la position connue de ce groupe d'Etats sur la question de la licéité. L'un d'eux a rappelé expressément que:

> «[à] la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale, la communauté internationale a décidé de solliciter un avis consultatif de la Cour internationale de justice pour savoir s'il est des circonstances où la menace ou l'emploi de l'arme nucléaire sont permis par le droit international» (*ibid.*, p. 6).

Et l'Inde a ajouté:

> «Il est permis d'espérer qu'en présentant un tel projet de résolution les Etats nucléaires ne disent pas aux non-membres du traité sur la non-prolifération que les Etats nucléaires peuvent utiliser l'arme

> weapons against them, because this would have implications which are too frightening to contemplate." (S/PV.3514, p. 6.)

Hence, even if the resolution of the Security Council contained any implication that the Council considered the use of nuclear weapons to be lawful, the argument that the proponents of illegality accepted the correctness of that implication is not well founded.

Next, the matter may be looked at from the more general standpoint of the conduct of the proponents of illegality in relation to the security assurances. Did that conduct manifest acquiescence in the claim by the NWS to the existence of a right in law to use of nuclear weapons? In particular, was such an acquiescence demonstrated by the fact that the NNWS thought it necessary to obtain such assurances?

A reasonable appreciation of the position seems to be the following. The continuing, if temporary, possession of nuclear weapons by the NWS obviously presented risks to the NNWS. The sensible thing would be to obtain assurances against any threat or use. Malaysia and Zimbabwe submitted that, in like manner, non-aggression pacts "were the common currency of international relations well after the illegality of aggression had entered the body of customary law" (joint answers by Malaysia and Zimbabwe to questions asked by Vice-President Schwebel on 3 November 1995, response to the second question). Realities may need to be dealt with in a practical way; but not every arrangement designed to deal with them accepts their legality. Especially is this so in international relations. When regard is also had to the power of the weapons concerned, the Court could find that there is not any contradiction between the position taken by the NNWS in the General Assembly that the use of nuclear weapons is a crime, and the assurances which they accepted from States which nevertheless possessed such weapons that these would not be used against them. It is useful to remember Judge Alvarez's observation that "[r]eason, pushed to extremes, may easily result in absurdity" (*Anglo-Iranian Oil Co., Preliminary Objection, I.C.J. Reports 1952*, p. 126, dissenting opinion). The practice of putting aside a legal problem in order to make progress towards a desirable goal is a familiar one in international relations. My understanding of the position taken by some of the NWS is that it was on this basis that they participated in certain negotiations in the field of humanitarian law.

*

It is also important to have in mind that bare proof of acts or omissions allegedly constituting State practice does not remove the need to interpret such acts or omissions. The fact that States may feel that realities leave them no choice but to do what they do does not suffice to

exclude what they do from being classified as part of State practice, provided, however, that what they do is done in the belief that they were acting out of a sense of legal obligation. "The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*." (*North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1969*, p. 44.) Speaking of actions which could evidence an *opinio necessitatis juris*, Lauterpacht excepts conduct which "was not accompanied by any such intention"[34]. So intention is material. Whether it exists is to be determined not on a microscopic inspection of disjointed features of a large and shifting picture, but by looking at the picture as a whole. When the whole of the picture is regarded in the circumstances of this case, the Court could find that the matters relied on to evidence an acknowledgment by the proponents of illegality that there is a right in law to use nuclear weapons fall short of demonstrating an intention to make that acknowledgment.

*

I should add that I am not persuaded that Security Council resolution 255 (1968) of 19 June 1968, to which reference is made in paragraphs 59 and 61 of the Court's Advisory Opinion, takes the matter any further. The question remains whether the resolution was dealing with the objective fact that nuclear weapons existed and could in fact be used, or whether it was affirming, directly or indirectly, the existence of a legal right of use.

* *

To sum up, putting at the highest all of the matters relied on by the proponents of legality, the Court could find that those matters do not suffice to cancel out the continuing assertion of the proponents of illegality that the threat or use of nuclear weapons is illegal. It would follow that the basic difficulties noticed above would remain. If, as I consider, a correct finding is that, on the law as it stood at the commencement of the nuclear age, a prohibitory rule then existed, that finding, as to what was the then law, cannot be contradicted by subsequent inconsistent State practice; the most that subsequent inconsistent State practice could do would be to generate a new rule rescinding or modifying the old rule. But the position taken by most of the NNWS would make it impossible to establish that the necessary *opinio juris* emerged to support the creation of a new rule having the effect of reversing the old, and more particularly if the latter had the status of *jus cogens*. The prior prohibitory rule would thus continue to the present time.

[34] Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 380.

qu'on interprète leurs actes comme faisant partie de la pratique des Etats, à condition toutefois qu'ils agissent en ayant la conviction de se conformer à ce qu'ils considèrent comme une obligation juridique. «La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*.» (*Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J. Recueil 1969*, p. 44.) Parlant des actions qui pourraient attester une *opinio juris sive necessitatis*, Lauterpacht excepte un comportement qui n'a été accompagné d'aucune intention de la sorte[34]. Ainsi, l'intention joue un rôle essentiel. On ne peut s'assurer qu'elle existe en analysant au microscope les éléments épars qui composent une réalité vaste et mouvante, il faut embrasser le tableau d'un seul coup d'œil. En procédant de la sorte en l'espèce, la Cour pouvait se convaincre que les éléments dont on prétend qu'ils attestent la reconnaissance par les tenants de l'illicéité de l'existence d'un droit d'employer des armes nucléaires ne démontrent pas une intention de consentir à cette reconnaissance.

*

J'ajouterai que je ne suis pas convaincu que la résolution 255 (1968) du Conseil de sécurité en date du 19 juin 1968, à laquelle la Cour se réfère aux paragraphes 59 et 61 de son avis consultatif, apporte des éléments nouveaux. La question reste de savoir si la résolution visait le fait objectif de l'existence d'armes nucléaires et de la possibilité qu'elle puisse être effectivement employée ou si elle affirmait, directement ou indirectement, l'existence du droit d'utiliser de telles armes.

* *

En résumé, en tenant le plus largement possible compte de tous les éléments invoqués par les tenants de la licéité, la Cour pouvait conclure que ces éléments ne suffisent pas pour écarter la thèse que continuent de soutenir les tenants de l'illicéité selon laquelle la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est illicite. Il s'ensuivrait que les difficultés fondamentales relevées plus haut subsistent. Si, comme je le pense, on peut établir qu'au vu du droit tel qu'il était fixé au commencement de l'ère nucléaire il existait alors une règle prohibitive, ce constat de l'état du droit à ce moment-là ne peut être contredit par une pratique ultérieure contraire des Etats; tout au plus, une pratique ultérieure contraire des Etats pourrait donner naissance à une règle nouvelle annulant ou modifiant la règle ancienne. Mais la position adoptée par la plupart des Etats non dotés d'armes nucléaires rendrait impossible la formation de l'*opinio juris* requise pour appuyer la création d'une règle nouvelle annulant la règle ancienne, et ce, a fortiori si celle-ci faisait partie du *jus cogens*. La règle prohibitive antérieure resterait donc en vigueur jusqu'à ce jour.

[34] Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 380.

PART VI. CONCLUSION

A holding that there is a right in law to use nuclear weapons would bear a difficult relationship to the Court's finding that the

> "destructive power of nuclear weapons cannot be contained in either space or time. They have the potential to destroy all civilization and the entire ecosystem of the planet." (Advisory Opinion, para. 35.)

The affirmation of the existence of a right the exercise of which could yield such grim results would come as near as might be to a literal application of the maxim *fiat justitia ruat coelum*. Judge Carneiro's view was "that no judge nowadays can blindly follow the obsolete rule *fiat justitia, pereat mundus*" (*Minquiers and Ecrehos, I.C.J. Reports 1953*, p. 109, separate opinion). It would, at any rate, seem curious that a World Court should consider itself compelled by the law to reach the conclusion that a State has the legal right, even in limited circumstances, to put the planet to death. May it be that the maxim more properly attracted by its high mission is *fiat justitia ne pereat mundus*?

The danger of the maxim last referred to is that it could seduce the Court into acting as a legislator. In the course of the proceedings, the Court was rightly reminded that it cannot do that. To use the words of the United States Military Tribunal in the *List* case, "it is not our province to write international law as we would have it; we must apply it as we find it"[35]. And thus, as Judge Lauterpacht remarked, "Reluctance to encroach upon the province of the legislature is a proper manifestation of judicial caution." However, as he added,

> "If exaggerated, it may amount to unwillingness to fulfil a task which is within the orbit of the functions of the Court as defined by its Statute." (*Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, I.C.J. Reports 1956*, p. 57, separate opinion.)

The danger of legislating arises not only where a court essays to make law where there is none, but also where it fails to apply such law as exists; the failure may well be regarded as amounting to judicial legislation directed to repealing the existing law.

International law does indeed concern relations between sovereign States. However, as it has been remarked, sovereignty does not mean that those relations are between billiard balls which collide but do not co-operate. There is at work a process of cohesion-building. It is not, and possibly never will be, sufficiently advanced to attract the full force of Cicero's observation that "the solidity of a State is very largely bound up

[35] *List* case, *supra*, footnote 33, p. 1249.

SIXIÈME PARTIE. CONCLUSION

Conclure qu'il existe un droit d'employer des armes nucléaires serait difficilement compatible avec l'observation ci-après de la Cour:

> «le pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète.» (Avis consultatif, par. 35.)

L'affirmation de l'existence d'un droit dont l'exercice aurait des conséquences aussi catastrophiques équivaudrait pratiquement à appliquer à la lettre la maxime *fiat justitia ruat coelum*. M. Carneiro pensait «qu'aujourd'hui aucun juge ne peut suivre aveuglément la trop vieille règle *fiat justitia, pereat mundus*» (*Minquiers et Ecréhous, C.I.J. Recueil 1953*, p. 109, opinion individuelle). Il semblerait à tout le moins curieux qu'une juridiction mondiale se considérât tenue en droit de conclure qu'un Etat a le droit, fût-ce dans des circonstances limitées, d'anéantir la planète. La noble mission de la Cour ne devrait-elle pas plutôt être qualifiée par la maxime *fiat justitia ne pereat mundus*?

Le danger que représente cette dernière maxime, c'est qu'elle pourrait entraîner la Cour à agir comme un législateur. Au cours de la procédure, il lui a été rappelé à juste titre que cela lui est interdit. Selon le tribunal militaire des Etats-Unis dans l'affaire *List*, «il n'appartient pas aux tribunaux d'écrire le droit international tel qu'ils souhaiteraient qu'il soit, ils doivent l'appliquer tel qu'il est»[35]. Ainsi, comme M. Lauterpacht l'a fait observer: «[l]e souci de ne pas empiéter sur le domaine du législatif est une manifestation légitime de prudence judiciaire». Mais il a ajouté:

> «Si on exagère [ce souci], il peut revenir à un refus de remplir une des tâches appartenant au domaine de la Cour tel que le définit le Statut.» (*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1956*, p. 57, opinion individuelle.)

Le danger de légiférer surgit non seulement lorsqu'un tribunal essaie d'élaborer une loi alors qu'il n'en existe pas une, mais aussi lorsqu'il s'abstient d'appliquer la loi telle qu'elle existe; cette omission peut être considérée comme équivalant à un droit de légiférer que s'arrogerait le juge pour abroger la loi en vigueur.

Il est exact que le droit international règle les relations entre des Etats souverains. Toutefois, comme on l'a fait observer, la souveraineté ne signifie pas que ces relations sont celles de billes de billard qui s'entrechoquent mais ne cherchent pas à atteindre un objectif commun. Le processus visant à renforcer la cohésion est avancé, mais il n'est pas et il ne sera peut-être jamais suffisamment avancé pour qu'on puisse lui appliquer

[35] Voir ci-dessus note 33 l'affaire *List*, p. 1249.

with its judicial decisions"[36]. Nevertheless, the broad import of the statement is not altogether amiss: the role of the Court need not be overestimated; neither should its responsibility be misunderstood. There is disciplined room for recalling the obligations of international lawyers. As it was put by Jenks, "We are not dealing with the routine of the established certainties of life but must frequently come to grips with the great unsettled issues on which the future of the world depends."[37] The case at bar is the supreme illustration of this truth.

*

To recall what was said at the beginning of this opinion, the great unsettled issue on which the future of the world depends is how to reconcile the imperative need of a State to defend itself with the no less imperative need to ensure that, in doing so, it does not imperil the survival of the human species. Humanitarian law, it is said, must be read as being subject to an exception which allows a State to use nuclear weapons in self-defence when its survival is at stake, that is to say, even if such use would otherwise breach that law, and this for the reason that no system of law obliges those subject to it to commit suicide. That is the argument which underlies the second part of subparagraph E of paragraph 2 of the operative paragraph of the Court's Advisory Opinion.

The implication of that part of the Court's holding is that, in the view of the Court, it is possible that the use of nuclear weapons could be lawful "in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake", and hence even if humanitarian law would otherwise be violated. What the Court so sought to leave on the basis of a possibility takes on a firmer aspect in the light of the *"Lotus"* case, as generally understood. In saying that it cannot definitively decide, the Court is saying that it cannot definitively say whether or not a prohibitory rule exists. If the Court is in a position in which it cannot definitively say whether or not a prohibitory rule exists, the argument can be made that, on the basis of that case, the presumption is in favour of the right of States to act unrestrained by any such rule. Accordingly, the meaning of the Court's position would be that States have a right in law to use nuclear weapons. If this was not the intended result, the Court's holding was not well conceived.

Thus, however gross or excessive the suffering, the presence of the stated circumstances could create an exception to the application of

[36] *Cicero. Selected Works*, trans. Michael Grant, 1960, p. 36.
[37] C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, 1958, p. 416.

pleinement l'observation de Cicéron selon laquelle «la solidité d'un Etat dépend dans une très grande mesure de ses décisions judiciaires»[36]. Toutefois, le sens général de cette observation n'est pas entièrement perdu: le rôle de la Cour ne doit pas être surestimé, mais il ne faut pas pour autant méconnaître sa responsabilité. Il y a encore beaucoup à faire pour rappeler aux juristes internationaux leurs obligations. Selon Jenks, nous n'avons pas affaire à la routine des certitudes établies de la vie, mais nous nous trouvons souvent aux prises avec les grandes questions non résolues dont dépend l'avenir du monde[37]. L'affaire qui nous occupe illustre parfaitement cette vérité.

*

Pour rappeler ce qui a été dit au début de la présente opinion, la grande question non résolue dont dépend l'avenir du monde consiste à concilier le besoin impérieux d'un Etat de se défendre avec le besoin non moins impérieux de garantir que, ce faisant, il ne compromet pas la survie de l'espèce humaine. Le droit humanitaire, dit-on, doit être interprété comme admettant une exception qui permet à un Etat d'employer des armes nucléaires dans l'exercice de la légitime défense lorsque sa survie est en jeu, c'est-à-dire même si un tel emploi constituerait autrement une violation de ce droit, et cela au motif qu'aucun système juridique n'oblige ceux qui y sont assujettis à se suicider. Tel est l'argument qui sous-tend la deuxième phrase de l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif de la Cour.

L'implication de cette partie de la réponse de la Cour est que, selon elle, il est possible que l'emploi d'armes nucléaires soit licite «dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause», et donc même si cela constituerait par ailleurs une violation du droit humanitaire. Ce que la Cour a ainsi entendu laisser dans le domaine du possible prend une consistance plus ferme à la lumière de l'affaire du *Lotus*, telle qu'elle est généralement interprétée. Lorsque la Cour dit qu'elle ne peut se prononcer de façon définitive, elle dit qu'elle ne peut se prononcer définitivement sur le point de savoir s'il existe ou non une règle prohibitive. Si la Cour se trouve dans la position de ne pouvoir se prononcer définitivement sur le point de savoir s'il existe ou non une règle prohibitive, on peut soutenir que, sur la base de ladite affaire, la présomption joue en faveur du droit des Etats d'agir sans être contraints par aucune règle de cette nature. En conséquence, la Cour entendait signifier que les Etats sont fondés en droit à employer des armes nucléaires. Si ce n'est pas cela qu'elle entendait signifier, cette partie de la réponse n'a pas été bien conçue.

Ainsi donc, abstraction faite du caractère cruel ou excessif des souffrances infligées, l'existence des circonstances indiquées pourrait créer

[36] *Ciceron, Selected Works*, traduction de Michael Grant, 1960, p. 36.
[37] C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, 1958, p. 416.

humanitarian law, as indeed is visualized by the word "generally" in the first part of that subparagraph of the Court's holding. A law may, of course, provide for exceptions to its application. At the moment, however, there is nothing to suggest that humanitarian law provides for an exception to accommodate the circumstances visualized by the Court. It seems to me that to take the position that humanitarian law can be set aside in the stated circumstances would sit oddly with the repeated and correct submissions on the part of both sides to the argument that the Court should apply the law and not make new law.

One further point. Despite variations in formulation and references to the concept of "vital security interests", an "extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake", as defined by the Court, is the main circumstance in which the proponents of legality advance a claim to a right to use nuclear weapons. This is so for the reason that, assuming that the use of nuclear weapons is lawful, the nature of the weapons, combined with the limitations imposed by the requirements of necessity and proportionality which condition the exercise of the right of self-defence, will serve to confine their lawful use to that "extreme circumstance". It follows that to hold that humanitarian law does not apply to the use of nuclear weapons in the main circumstance in which a claim to a right of use is advanced is to uphold the substance of the thesis that humanitarian law does not apply at all to the use of nuclear weapons. That view has long been discarded; as the Court itself recalls, the NWS themselves do not advocate it. I am not persuaded that that disfavoured thesis can be brought back through an exception based on self-defence.

* * *

And thus I return to the real meaning of the General Assembly's question. The essence of the question is whether the exercise of the right of self-defence can be taken to the point of endangering the survival of mankind. To this the Court responds that

> "in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake" (Advisory Opinion, para. 105 (2) E).

That is the material holding on which this opinion hinges. In so far as that holding suggests that there is a deficiency in the law, I do not think there is; in so far as it suggests that the facts are not sufficient to attract

une exception à l'application du droit humanitaire, comme semble l'indiquer le mot «généralement» employé dans la première partie de cet alinéa de la réponse de la Cour. Une loi peut certes prévoir des exceptions à son application. Cependant, en l'état actuel, rien ne permet de dire que le droit humanitaire prévoit une exception à l'effet de tenir compte des circonstances envisagées par la Cour. Selon moi, si on admettait que le droit humanitaire peut être mis de côté dans les circonstances indiquées, on se trouverait en porte à faux avec ce qui a été allégué à plusieurs reprises et à juste titre, de part et d'autre, à savoir que la Cour doit appliquer le droit et non pas élaborer un droit nouveau.

Un autre point me paraît intéressant. Sans préjudice des nuances qu'on trouve dans la manière dont la notion des «intérêts vitaux en matière de sécurité» est formulée et dont on s'y réfère, une «circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause», telle que l'a définie la Cour, est la circonstance principale dans laquelle les tenants de la licéité prétendent qu'il existe un droit d'employer des armes nucléaires. Selon eux, en effet, en partant de l'hypothèse que l'emploi d'armes nucléaires est licite, la nature des armes, jointe aux limitations imposées par les conditions de nécessité et de proportionnalité auxquelles est subordonné l'exercice du droit de légitime défense, servira à limiter l'emploi licite de ces armes à cette «circonstance extrême». Il s'ensuit qu'affirmer que le droit humanitaire ne s'applique pas à l'emploi d'armes nucléaires dans la circonstance principale où l'on prétend que le droit d'employer ces armes existe, c'est confirmer la substance de la thèse selon laquelle le droit humanitaire ne s'applique pas du tout à l'emploi d'armes nucléaires. Cette vue est abandonnée depuis longtemps; comme la Cour elle-même le rappelle, même les Etats dotés de l'arme nucléaire ne la soutiennent pas. Je ne suis pas persuadé qu'on peut exhumer cette thèse tombée en défaveur par le biais d'une exception fondée sur la légitime défense.

* * *

Cela me ramène donc à la signification réelle de la question de l'Assemblée générale. La question porte essentiellement sur le point de savoir si l'exercice du droit de légitime défense peut aller jusqu'à compromettre la survie de l'humanité. A cela, la Cour répond que:

> «[a]u vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause» (avis consultatif, par. 105, al. 2 E).

C'est sur cette affirmation essentielle que repose l'avis. Dans la mesure où cette affirmation donne à entendre que le droit présente une lacune, je crois que ce n'est pas le cas; dans la mesure où elle laisse entendre que les

an application of the law, I am not able to agree. In my opinion, there was a sufficient legal and factual basis on which the Court could have proceeded to answer the General Assembly's question — one way or another. And hence my respectful dissent from its conclusion that it cannot.

(Signed) Mohamed SHAHABUDDEEN.

faits ne sont pas suffisants pour susciter une application du droit, je ne peux y souscrire. Selon moi, il existait des éléments de droit et de fait suffisants pour permettre à la Cour de répondre à la question de l'Assemblée générale, dans un sens ou dans l'autre. C'est pourquoi je ne peux partager l'avis de la Cour lorsqu'elle conclut qu'elle ne peut se prononcer.

(Signé) Mohamed SHAHABUDDEEN.

DISSENTING OPINION OF JUDGE WEERAMANTRY

TABLE OF CONTENTS

	Pages
PRELIMINARY OBSERVATIONS ON THE OPINION OF THE COURT	433
(a) Reasons for dissent	433
(b) The positive aspects of the Court's Opinion	433
(c) Particular comments on the final paragraph	435
(i) Paragraph 2 B — (11 votes to 3)	435
(ii) Paragraph 2 E — (7 votes to 7. Casting vote in favour by the President)	435
(iii) Paragraph 2 A — (Unanimous)	436
(iv) Paragraph 2 C — (Unanimous)	436
(v) Paragraph 2 D — (Unanimous)	436
(vi) Paragraph 2 F — (Unanimous)	437
(vii) Paragraph 1 — (13 votes to 1)	437
I. INTRODUCTION	438
1. Fundamental importance of issue before the Court	438
2. Submissions to the Court	440
3. Some preliminary observations on the United Nations Charter	441
4. The law relevant to nuclear weapons	443
5. Introductory observations on humanitarian law	443
6. Linkage between humanitarian law and the realities of war	445
7. The limit situation created by nuclear weapons	447
8. Possession and use	448
9. Differing attitudes of States supporting legality	448
10. The importance of a clarification of the law	449
II. NATURE AND EFFECTS OF NUCLEAR WEAPONS	450
1. The nature of the nuclear weapon	450
2. Euphemisms concealing the realities of nuclear war	451
3. The effects of the nuclear weapon	452
(a) Damage to the environment and the ecosystem	454
(b) Damage to future generations	454
(c) Damage to civilian populations	456
(d) The nuclear winter	456
(e) Loss of life	458
(f) Medical effects of radiation	458
(g) Heat and blast	461
(h) Congenital deformities	461
(i) Transnational damage	463

OPINION DISSIDENTE DE M. WEERAMANTRY

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES SUR L'AVIS DE LA COUR	433
a) Motifs de mon désaccord	433
b) Les aspects positifs de l'avis de la Cour	433
c) Observations sur le dernier paragraphe	435
i) Paragraphe 2, alinéa B, du dispositif (adopté par 11 voix contre 3)	435
ii) Paragraphe 2, alinéa E (adopté par 7 voix contre 7, par la voix prépondérante du Président)	435
iii) Paragraphe 2, alinéa A (adopté à l'unanimité)	436
iv) Paragraphe 2, alinéa C (adopté à l'unanimité)	436
v) Paragraphe 2, alinéa D (adopté à l'unanimité)	436
vi) Paragraphe 2, alinéa F (adopté à l'unanimité)	437
vii) Paragraphe 1 du dispositif (adopté par 13 voix contre une)	437
I. INTRODUCTION	438
1. Importance primordiale de la question soumise à la Cour	438
2. Exposés soumis à la Cour	440
3. Quelques observations préliminaires sur la Charte des Nations Unies	441
4. Le droit applicable aux armes nucléaires	443
5. Remarques préliminaires sur le droit humanitaire	443
6. Le lien entre le droit humanitaire et les réalités de la guerre	445
7. Le seuil critique atteint avec les armes nucléaires	447
8. Possession et utilisation	448
9. Positions différentes adoptées par les Etats favorables à la thèse de la licéité	448
10. La nécessité de clarifier l'état du droit	449
II. NATURE ET EFFET DES ARMES NUCLÉAIRES	450
1. La nature des armes nucléaires	450
2. Euphémismes masquant les réalités de la guerre nucléaire	451
3. Les effets de l'arme nucléaire	452
a) Dommages à l'environnement et à l'écosystème	454
b) Dommages aux générations futures	454
c) Dommages aux populations civiles	456
d) L'hiver nucléaire	456
e) Pertes en vies humaines	458
f) Effets des rayonnements sur la santé	458
g) Effet thermique et souffle	461
h) Malformations congénitales	461
i) Dommages transnationaux	463

(j) Potential to destroy all civilization 464
(i) Social institutions 465
(ii) Economic structures 465
(iii) Cultural treasures 466
(k) The electromagnetic pulse 467
(l) Damage to nuclear reactors 468
(m) Damage to food productivity 469
(n) Multiple nuclear explosions resulting from self-defence 469
(o) "The shadow of the mushroom cloud" 470
4. The uniqueness of nuclear weapons 471
5. The differences in scientific knowledge between the present time and 1945 472
6. Do Hiroshima and Nagasaki show that nuclear war is survivable? 473
7. A perspective from the past 475
III. HUMANITARIAN LAW 476
1. "Elementary considerations of humanity" 477
2. Multicultural background to the humanitarian laws of war 478
3. Outline of humanitarian law 482
4. Acceptance by States of the Martens Clause 486
5. "The dictates of public conscience" 487
6. Impact of the United Nations Charter and human rights on "considerations of humanity" and "dictates of public conscience" 490
7. The argument that "collateral damage" is unintended 491
8. Illegality exists independently of specific prohibitions 492
9. The *"Lotus"* decision 494
10. Specific rules of the humanitarian law of war 496
(a) The prohibition against causing unnecessary suffering 497
(b) The principle of proportionality 499
(c) The principle of discrimination 499
(d) Respect for non-belligerent States 501
(e) The prohibition against genocide 501
(f) The prohibition against environmental damage 502
(g) Human rights law 506
11. Juristic opinion 508
12. The 1925 Geneva Gas Protocol 508
(i) Is radiation poisonous? 509
(ii) Does radiation involve contact of the body with "materials"? 510
13. Article 23 *(a)* of the Hague Regulations 512
IV. SELF-DEFENCE 513
1. Unnecessary suffering 514
2. Proportionality/error 514
3. Discrimination 516
4. Non-belligerent States 516

5. Genocide 517
6. Environmental damage 517
7. Human rights 517

V. SOME GENERAL CONSIDERATIONS 520

1. Two philosophical perspectives 520
2. The aims of war 523
3. The concept of a "threat of force" under the United Nations Charter 525
4. Equality in the texture of the laws of war 526
5. The logical contradiction of a dual régime in the laws of war 528
6. Nuclear decision-making 529

VI. THE ATTITUDE OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY TOWARDS NUCLEAR WEAPONS 530

1. The universality of the ultimate goal of complete elimination 530
2. Overwhelming majorities in support of total abolition 531
3. World public opinion 533
4. Current prohibitions 534
5. Partial bans 534
6. Who are the States most specially concerned? 535
7. Have States, by participating in regional treaties, recognized nuclear weapons as lawful? 536

VII. SOME SPECIAL ASPECTS 536

1. The Non-Proliferation Treaty 536
2. Deterrence 538
   (i) Meaning of deterrence 538
   (ii) Deterrence — from what? 538
   (iii) The degrees of deterrence 539
   (iv) Minimum deterrence 539
   (v) The problem of credibility 540
   (vi) Deterrence distinguished from possession 540
   (vii) The legal problem of intention 540
   (viii) The temptation to use the weapons maintained for deterrence 541
   (ix) Deterrence and sovereign equality 541
   (x) Conflict with the St. Petersburg principle 542
3. Reprisals 542
4. Internal wars 544
5. The doctrine of necessity 545
6. Limited or tactical or battlefield nuclear weapons 546

VIII. SOME ARGUMENTS AGAINST THE GRANT OF AN ADVISORY OPINION 550

1. The Advisory Opinion would be devoid of practical effects 550
2. Nuclear weapons have preserved world peace 551

5. Génocide 517
6. Dommages à l'environnement 517
7. Droits de l'homme 517

V. QUELQUES CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES 520

1. Deux visions philosophiques 520
2. Les buts de la guerre 523
3. Le concept de «menace de la force» dans la Charte des Nations Unies 525
4. L'égalité dans le contexte du droit de la guerre 526
5. Caractère illogique d'un régime dualiste en matière de droit de la guerre 528
6. Le processus d'élaboration des décisions en matière nucléaire 529

VI. L'ATTITUDE DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE VIS-À-VIS DES ARMES NUCLÉAIRES 530

1. Universalité de l'adhésion au but ultime de l'élimination complète 530
2. Rappel des écrasantes majorités favorables à l'abolition totale 531
3. L'opinion publique mondiale 533
4. Interdictions existantes 534
5. Interdictions partielles 534
6. Quels sont les Etats spécialement concernés? 535
7. Les Etats ont-ils, en devenant parties à des traités régionaux, reconnu la licéité des armes nucléaires? 536

VII. QUELQUES ASPECTS PARTICULIERS 536

1. Le traité sur la non-prolifération 536
2. Dissuasion 538
   i) Qu'entend-on par dissuasion? 538
   ii) La dissuasion, contre quel acte est-elle dirigée? 538
   iii) Les degrés de la dissuasion 539
   iv) La dissuasion minimale 539
   v) Le problème de la crédibilité 540
   vi) La différence entre dissuasion et possession 540
   vii) Le problème juridique de l'intention 540
   viii) La tentation d'utiliser les armes tenues en réserve à des fins de dissuasion 541
   ix) La dissuasion et l'égalité souveraine 541
   x) Incompatibilité de la dissuasion avec les principes énoncés dans la déclaration de Saint-Pétersbourg 542
3. Représailles 542
4. Conflits internes 544
5. La doctrine de la nécessité 545
6. Armes nucléaires à effets limités ou tactiques ou du champ de bataille 546

VIII. QUELQUES ARGUMENTS AVANCÉS POUR SOUTENIR QUE LA COUR NE DEVRAIT PAS DONNER L'AVIS CONSULTATIF SOLLICITÉ 550

1. Un tel avis consultatif serait dépourvu d'effets pratiques 550
2. Les armes nucléaires ont préservé la paix mondiale 551

IX. CONCLUSION 552

1. The task before the Court 552
2. The alternatives before humanity 553

APPENDIX (demonstrating danger to neutral States) Comparison of the effects of bombs 555

MENACE OU EMPLOI D'ARMES NUCLÉAIRES (OP. DISS. WEERAMANTRY) 432

IX. CONCLUSION 552

1. La tâche de la Cour 552
2. Les options qui s'offrent à l'humanité 553

APPENDICE. (Le risque encouru par les Etats neutres.) Comparaison des effets des bombes 555

PRELIMINARY OBSERVATIONS ON THE OPINION OF THE COURT

(a) *Reasons for Dissent*

My considered opinion is that the use or threat of use of nuclear weapons is illegal *in any circumstances whatsoever*. It violates the fundamental principles of international law, and represents the very negation of the humanitarian concerns which underlie the structure of humanitarian law. It offends conventional law and, in particular, the Geneva Gas Protocol of 1925, and Article 23 *(a)* of the Hague Regulations of 1907. It contradicts the fundamental principle of the dignity and worth of the human person on which all law depends. It endangers the human environment in a manner which threatens the entirety of life on the planet.

I regret that the Court has not held directly and categorically that the use or threat of use of the weapon is unlawful *in all circumstances without exception*. The Court should have so stated in a vigorous and forthright manner which would have settled this legal question now and for ever.

Instead, the Court has moved in the direction of illegality with some far-reaching pronouncements that strongly point in that direction, while making other pronouncements that are both less than clear and clearly wrong.

I have therefore been obliged to title this a dissenting opinion, although there are some parts of the Court's Opinion with which I agree, and which may still afford a substantial basis for a conclusion of illegality. Those aspects of the Court's Opinion are discussed below. They do take the law far on the road towards total prohibition. In this sense, the Court's Opinion contains positive pronouncements of significant value.

There are two of the six operative sections of the second part of the Opinion with which I profoundly disagree. I believe those two paragraphs state the law wrongly and incompletely, and I have felt compelled to vote against them.

However, I have voted in favour of paragraph 1 of the *dispositif*, and in favour of four out of the six items in paragraph 2.

(b) *The Positive Aspects of the Court's Opinion*

This Opinion represents the first decision of this Court, and indeed of any international tribunal, that clearly formulates limitations on nuclear weapons in terms of the United Nations Charter. It is the first such decision which expressly addresses the contradiction between nuclear weapons and the laws of armed conflict and international humanitarian law. It is the first such decision which expresses the view that the use of

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES SUR L'AVIS DE LA COUR

a) *Motifs de mon désaccord*

Après avoir mûrement réfléchi, j'estime que l'emploi et la menace de l'emploi d'armes nucléaires sont illicites *en toutes circonstances* parce qu'ils sont incompatibles avec les principes fondamentaux du droit international et constituent la négation même des valeurs humanitaires sur lesquelles repose la structure du droit humanitaire; parce qu'ils sont contraires au droit conventionnel et en particulier au protocole de Genève de 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, et à l'article 23 *a)* du règlement de La Haye de 1907; parce qu'ils sont inconciliables avec le principe fondamental de la dignité et de la valeur de la personne humaine qui est à la base de l'ensemble du droit; et parce qu'ils portent atteinte à l'environnement au point de menacer toutes les formes de vie sur la planète.

Je regrette que la Cour n'ait pas dit sans détour et catégoriquement que l'emploi ou la menace de l'emploi de telles armes est illicite *en toutes circonstances sans exception*. Telle est la conclusion que la Cour aurait dû énoncer avec fermeté et sans équivoque, réglant ainsi cette question juridique une fois pour toutes.

La Cour a préféré s'engager sur la voie de la thèse de l'illicéité en formulant des déclarations de très grande portée qui vont nettement dans ce sens tout en en émettant d'autres qui sont à la fois ambiguës et manifestement erronées.

Je me suis donc vu contraint de présenter cette opinion dissidente bien que l'avis de la Cour comporte des parties auxquelles je souscris et sur la base desquelles on peut raisonnablement conclure à l'illicéité. Ces aspects de l'avis de la Cour sont analysés ci-après. Ils font faire au droit international un grand pas en avant dans la voie de l'interdiction totale. Et, en ce sens, l'avis de la Cour contient des déclarations positives revêtant une très grande importance.

Sur les six alinéas du paragraphe 2 du dispositif de l'avis, il y en a deux avec lesquels je suis en profond désaccord. Je crois que ces deux alinéas énoncent le droit de manière erronée et incomplète et je me suis vu dans l'obligation d'émettre un vote négatif à leur sujet.

J'ai toutefois voté en faveur du paragraphe 1 du dispositif et de quatre des six alinéas du paragraphe 2.

b) *Les aspects positifs de l'avis de la Cour*

L'avis consultatif en l'espèce constitue la première décision de la Cour — et, de fait, d'un tribunal international — qui définisse clairement les restrictions touchant les armes nucléaires découlant de la Charte des Nations Unies. C'est la première décision de ce type qui se réfère expressément à l'incompatibilité des armes nucléaires avec le droit des conflits armés et le droit international humanitaire. C'est aussi la première déci-

nuclear weapons is hemmed in and limited by a variety of treaty obligations.

In the environmental field, it is the first Opinion which expressly embodies, in the context of nuclear weapons, a principle of "prohibition of methods and means of warfare which are intended, or may be expected, to cause" widespread, long-term and severe environmental damage, and "the prohibition of attacks against the natural environment by way of reprisals" (para. 31).

In the field of nuclear disarmament, it also reminds all nations of their obligation to bring these negotiations to their conclusion in all their aspects, thereby ending the coninuance of this threat to the integrity of international law.

Once these propositions are established, one needs only to examine the effects of the use of nuclear weapons to conclude that there is no possibility whatsoever of a use or threat of use that does not offend these principles. This Opinion examines at some length the numerous unique qualities of the nuclear weapon which stand in flagrant contradiction of the basic values underlying the United Nations Charter, international law, and international humanitarian law. In the light of that information, it becomes demonstrably impossible for the weapon to comply with the basic postulates laid down by the Court, thus rendering them illegal in terms of the unanimous finding of the Court.

In particular, I would mention the requirement, in Article 2 (4) of the Charter, of compliance with the Purposes of the United Nations. Those Purposes involve respect for human rights, and the dignity and worth of the human person. They also involve friendly relations among nations, and good neighbourliness (see Article 1 (Purposes and Principles) read with the Preamble). The linkage of legality with compliance with these principles has now been judicially established. Weapons of warfare which can kill a million or a billion human beings (according to the estimates placed before the Court) show scant regard for the dignity and worth of the human person, or for the principle of good neighbourliness. They stand condemned upon the principles laid down by the Court.

Even though I do not agree with the entirety of the Court's Opinion, strong indicators of illegality necessarily flow from the unanimous parts of that Opinion. Further details of the total incompatibility of the weapons with the principles laid down by the Court appear in the body of this Opinion.

It may be that further clarification will be possible in the future.

I proceed now to make some comments on the individual paragraphs of part 2 of the *dispositif*. I shall deal first with the two paragraphs with which I disagree.

sion de ce type qui exprime l'avis que l'emploi des armes nucléaires est circonscrit et limité par une série d'obligations conventionnelles.

Dans le domaine de l'environnement, c'est le premier avis qui, à propos des armes nucléaires, consacre expressément le principe de «l'interdiction d'utiliser des méthodes et moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causeront» des dommages étendus, durables et graves à l'environnement et de «l'interdiction de mener des attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles» (par. 31).

Dans le domaine du désarmement nucléaire, l'avis rappelle aussi à toutes les nations qu'elles ont l'obligation de mener à terme des négociations sous tous leurs aspects, empêchant ainsi que ne se perpétue une menace à l'intégrité du droit international.

Une fois ces propositions établies, il convient seulement d'examiner les conséquences de l'emploi des armes nucléaires pour parvenir à la conclusion qu'il n'y a aucun emploi ou aucune menace d'emploi de ces armes qui ne soit pas contraire aux principes susmentionnés. L'avis analyse assez longuement les nombreuses caractéristiques propres aux armes nucléaires qui sont en contradiction flagrante avec les valeurs fondamentales sur lesquelles reposent la Charte des Nations Unies, le droit international et le droit international humanitaire. Compte tenu de ces éléments, il est désormais établi qu'il est impossible que les armes en cause soient compatibles avec les principes fondamentaux, énoncés par la Cour, ce qui fait qu'elles sont illicites sur la base de la conclusion unanime de la Cour.

Je voudrais en particulier rappeler qu'aux termes de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, le respect des buts des Nations Unies est une obligation. Ces buts concernent le respect des droits de l'homme et de la dignité et de la valeur de la personne humaine. Ils concernent également les relations amicales entre les nations et le bon voisinage (cf. l'article 1 («Buts et principes») lu conjointement avec le préambule). La corrélation entre licéité et respect de ces principes a maintenant été établie par un organe judiciaire. Des armes qui peuvent anéantir un million ou un milliard d'êtres humains (selon les estimations présentées à la Cour) font peu de cas de la dignité et de la valeur de la personne humaine ou du principe du bon voisinage. Elles sont bannies en vertu même des principes énoncés par la Cour.

Bien que je ne souscrive pas à toutes les conclusions de la Cour, des éléments nettement favorables à la thèse de l'illicéité découlent certainement de celles qui ont été adoptées à l'unanimité. J'exposerai plus loin dans la présente opinion d'autres éléments permettant d'établir l'incompatibilité totale des armes nucléaires avec les principes énoncés par la Cour.

Il est possible que de nouvelles précisions puissent être apportées à l'avenir dans ce domaine.

Je vais maintenant faire quelques observations sur les différents alinéas du paragraphe 2 du dispositif. J'examinerai d'abord les deux alinéas auxquels je ne souscris pas.

(c) *Particular Comments on the Final Paragraph*

(i) *Paragraph 2 B — (11 votes to 3)*

Regarding paragraph 2 B, I am of the view that there are comprehensive and universal limitations imposed by treaty upon the use of nuclear weapons. Environmental treaties and, in particular, the Geneva Gas Protocol and Article 23 *(a)* of the Hague Regulations, are among these. These are dealt with in my opinion. I do not think it is correct to say that there are no conventional prohibitions upon the use of the weapon.

(ii) *Paragraph 2 E — (7 votes to 7. Casting vote in favour by the President)*

I am in fundamental disagreement with both sentences contained within this paragraph.

I strongly oppose the presence of the word "generally" in the first sentence. The word is too uncertain in content for use in an Advisory Opinion, and I cannot assent to a proposition which, even by remotest implication, leaves open any possibility that the use of nuclear weapons would not be contrary to law in any circumstances whatsoever. I regret the presence of this word in a sentence which otherwise states the law correctly. It would also appear that the word "generally" introduces an element of internal contradiction into the Court's Opinion, for in paragraphs 2 C and 2 D of the Court's Opinion, the Court concludes that nuclear weapons must be consistent with the United Nations Charter, the principles of international law, and the principles of humanitarian law, and, such consistency being impossible, the weapon becomes illegal.

The word "generally" admits of many meanings, ranging through various gradations, from "as a general rule; commonly", to "universally; with respect to all or nearly all"[1]. Even with the latter meaning, the word opens a window of permissibility, however narrow, which does not truly reflect the law. There should be no niche in the legal principle, within which a nation may seek refuge, constituting itself the sole judge in its own cause on so important a matter.

The main purpose of this opinion is to show that, not *generally* but *always*, the threat or use of nuclear weapons would be contrary to the rules of international law and, in particular, to the principles and rules of humanitarian law. Paragraph 2 E should have been in those terms, and the Opinion need have stated no more.

The second paragraph of 2 E states that the current state of international law is such that the Court cannot conclude definitely whether the threat or use of the weapon would or would not be lawful in extreme

[1] *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., 1987, Vol. I, p. 840.

c) *Observations sur le dernier paragraphe*

i) *Paragraphe 2, alinéa B, du dispositif (adopté par 11 voix contre 3)*

S'agissant de l'alinéa B, je suis d'avis que l'emploi des armes nucléaires est soumis par le droit conventionnel à des restrictions complètes et universelles. On peut notamment citer à cet égard, outre les traités sur l'environnement, le protocole de Genève de 1925 sur les gaz et l'article 23 *a)* du règlement de La Haye. Je reviendrai sur ces questions dans mon opinion. Je ne crois pas que l'on puisse dire qu'il n'y a pas d'interdictions imposées par le droit conventionnel à l'emploi de telles armes.

ii) *Paragraphe 2, alinéa E (adopté par 7 voix contre 7, par la voix prépondérante du Président)*

Je suis en profond désaccord avec la teneur des deux phrases de cet alinéa.

Je suis fermement opposé à l'inclusion du mot «généralement» *[«generally»]* dans la première phrase. C'est là un terme trop vague pour avoir sa place dans un avis consultatif et je ne peux m'associer à une déclaration laissant entendre, si indirectement que ce soit, que l'emploi des armes nucléaires pourrait ne pas être contraire au droit en toutes circonstances. Je regrette la présence de ce mot dans une phrase qui, sans lui, énoncerait correctement le droit. Le terme «généralement» me paraît aussi introduire un élément de contradiction interne dans l'avis puisque, aux alinéas C et D, la Cour conclut que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires doit être compatible avec la Charte des Nations Unies, les principes du droit international et les principes du droit humanitaire; comme une telle compatibilité est impossible, les armes en question sont illicites.

Le mot «généralement» *[«generally»]* peut avoir de nombreux sens, depuis «en règle générale, normalement» à «universellement et pour tous ou presque tous»[1]. Même dans cette deuxième acception, il comporte des échappatoires, si limitées soient-elles, qui ne traduisent pas véritablement le droit. Le principe juridique ne doit laisser subsister aucune zone d'ombre où une nation puisse se réfugier pour s'ériger, dans un domaine aussi crucial, en seul juge de sa propre cause.

Le but principal de cette opinion est de démontrer que ce n'est pas *généralement* mais *dans tous les cas* qu'il serait contraire aux règles du droit international, et en particulier aux principes et règles du droit humanitaire, de recourir à l'emploi ou à la menace d'emploi des armes nucléaires. Voilà ce qu'il aurait fallu dire à l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif de l'avis consultatif et rien de plus.

La deuxième partie de l'alinéa E indique que, vu l'état actuel du droit international, la Cour ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circons-

[1] *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3e éd., 1987, vol. I, p. 840.

circumstances of self-defence. It seems self-evident to me that once nuclear weapons are resorted to, the laws of war (the *jus in bello*) take over, and that there are many principles of the laws of war, as recounted in this opinion, which totally forbid the use of such a weapon. The existing law is sufficiently clear on this matter to have enabled the Court to make a definite pronouncement without leaving this vital question, as though sufficient principles are not already in existence to determine it. All the more should this uncertainty have been eliminated in view of the Court's very definite findings as set out earlier.

(iii) *Paragraph 2 A — (Unanimous)*

Speaking for myself, I would have viewed this unquestionable proposition as a preliminary recital, rather than as part of the *dispositif*.

(iv) *Paragraph 2 C — (Unanimous)*

The positive features of this paragraph have already been noted. The Court, in this paragraph, has unanimously endorsed Charter-based preconditions to the legality of nuclear weapons, which are diametrically opposed to the results of the use of the weapon. I thus read paragraph 2C of the *dispositif* as rendering the use of the nuclear weapon illegal without regard to the circumstances in which the weapon is used — whether in aggression or in self-defence, whether internationally or internally, whether by individual decision or in concert with other nations. A unanimous endorsement of this principle by all the judges of this Court takes the principle of illegality of use of nuclear weapons a long way forward from the stage when there was no prior judicial consideration of legality of nuclear weapons by any international tribunal.

Those contending that the use of nuclear weapons was within the law argued strongly that what is not expressly prohibited to a State is permitted. On this basis, the use of the nuclear weapon was said to be a matter on which the State's freedom was not limited. I see the limitations laid down in paragraph 2C as laying that argument to rest.

(v) *Paragraph 2 D — (Unanimous)*

This paragraph, also unanimously endorsed by the Court, lays down the further limitation of compatibility with the requirements of international law applicable in armed conflict, and particularly with the rules of international humanitarian law and specific treaty obligations.

There is a large array of prohibitions laid down here.

My opinion will show what these rules and principles are, and how it is

tance extrême de légitime défense. Il me semble aller de soi qu'en cas de recours aux armes nucléaires le droit de la guerre *(jus in bello)* s'applique et que de nombreux principes du droit de la guerre, qui sont mentionnés dans la présente opinion, interdisent totalement l'emploi de telles armes. Le droit existant étant suffisamment clair sur ce point, la Cour aurait pu se prononcer de manière définitive, sans laisser de côté cette question essentielle comme si les principes n'étaient pas assez bien établis pour la trancher. Il y avait d'autant plus de raison de dissiper cette incertitude que la Cour était déjà parvenue aux conclusions très précises rappelées plus haut.

iii) *Paragraphe 2, alinéa A (adopté à l'unanimité)*

Pour ma part, je verrais mieux cette déclaration indiscutable dans les qualités que dans le dispositif.

iv) *Paragraphe 2, alinéa C (adopté à l'unanimité)*

Les aspects positifs de cet alinéa ont déjà été soulignés. La Cour y confirme par une décision unanime les conditions auxquelles serait subordonnée, sur la base de la Charte, la licéité de l'emploi des armes nucléaires, conditions qui sont absolument incompatibles avec les effets de l'emploi de telles armes. J'estime donc que, selon l'alinéa C, l'emploi d'armes nucléaires est illicite quelles que soient les circonstances dans lesquelles elles sont utilisées — que ce soit en réponse à une agression ou au titre de la légitime défense, sur le plan international ou national, en vertu d'une décision individuelle ou d'une décision prise collectivement avec d'autres nations. L'approbation unanime de ce principe par tous les membres de la Cour fait faire au principe de l'illicéité de l'emploi des armes nucléaires un grand pas en avant par rapport au temps où aucune analyse judiciaire n'avait été entreprise par aucun tribunal international au sujet de la licéité des armes nucléaires.

Les tenants de la licéité de l'emploi des armes nucléaires ont soutenu avec insistance que ce qui n'est pas expressément interdit à un Etat lui est permis. Partant de cette prémisse, on a dit que l'emploi de l'arme nucléaire était un domaine où la liberté de l'Etat n'était pas limitée. J'estime que les restrictions énoncées à l'alinéa C réduisent cet argument à néant.

v) *Paragraphe 2, alinéa D (adopté à l'unanimité)*

Cet alinéa, adopté, lui aussi, à l'unanimité par la Cour, énonce la condition supplémentaire de la compatibilité avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles des règles du droit international humanitaire, ainsi qu'avec les obligations particulières en vertu de traités.

Cet alinéa vise une très large gamme d'interdictions.

Dans mon opinion, j'indiquerai quels sont ces règles et principes et

impossible, in the light of the nature and effects of nuclear weapons, for these to be satisfied.

If the weapon is demonstrably contrary to these principles, it is unlawful in accordance with this paragraph of the Court's Opinion.

(vi) *Paragraph 2 F — (Unanimous)*

This paragraph is strictly outside the terms of reference of the question. Yet, in the overall context of the nuclear weapons problem, it is a useful reminder of State obligations, and I have accordingly voted in favour of it.

The ensuing opinion sets out my views on the question before the Court. Since the question posed to the Court relates only to use and threat of use, this opinion does not deal with the legality of other important aspects of nuclear weapons, such as possession, vertical or horizontal proliferation, assembling or testing.

I should also add that I have some reservations in regard to some of the reasoning in the body of the Court's Opinion. Those reservations will appear in the course of this opinion. In particular, while agreeing with the Court in the reasoning by which it rejects the various objections raised to admissibility and jurisdiction, I would register my disagreement with the statement in paragraph 14 of the Opinion that the refusal to give the World Health Organization the advisory opinion requested by it was justified by the Court's lack of jurisdiction in that case. My disagreement with that proposition is the subject of my dissenting opinion in that case.

I am of the view that in dealing with the question of reprisals (para. 46), the Court should have affirmatively pronounced on the question of the unlawfulness of belligerent reprisals. I do not agree also with its treatment of the question of intent towards a group as such in relation to genocide, and with its treatment of nuclear deterrence. These aspects are considered in this opinion.

(vii) *Paragraph 1 — (13 votes to 1)*

One other matter needs to be mentioned before I commence the substantive part of this dissenting opinion. I have voted in favour of the first finding of the Court, recorded in item 1 of the *dispositif*, which follows from the Court's rejection of the various objections to admissibility and jurisdiction which were taken by the States arguing in favour of the legality of nuclear weapons. I strongly support the views expressed by the Court in the course of its reasoning on these matters, but I have some further thoughts upon these objections, which I have set out in my dissenting opinion in relation to the WHO request, where also similar objections were taken. There is no need to repeat those observations in this opinion, in view of the Court's conclusions. However, what I have stated

on these matters in that dissenting opinion should be read as supplementary to this opinion as well.

* * *

I. Introduction

1. Fundamental Importance of Issue before the Court

I now begin the substantive part of this opinion.

This case has from its commencement been the subject of a wave of global interest unparalleled in the annals of this Court. Thirty-five States have filed written statements before the Court and 24 have made oral submissions. A multitude of organizations, including several NGOs, have also sent communications to the Court and submitted materials to it; and nearly two million signatures have been actually received by the Court from various organizations and individuals from around 25 countries. In addition, there have been other shipments of signatures so voluminous that the Court could not physically receive them and they have been lodged in various other depositories. If these are also taken into account, the total number of signatures has been estimated by the Court's archivist at over three million[2]. The overall number of signatures, all of which could not be deposited in the Court, is well in excess of this figure. The largest number of signatures has been received from Japan, the only nation that has suffered a nuclear attack[3]. Though these organizations and individuals have not made formal submissions to the Court, they evidence a groundswell of global public opinion which is not without legal relevance, as indicated later in this opinion.

The notion that nuclear weapons are inherently illegal, and that a knowledge of such illegality is of great practical value in obtaining a nuclear-free world, is not new. Albert Schweitzer referred to it, in a letter to Pablo Casals, as early as 1958 in terms of:

> "the most elementary and most obvious argument: namely, that international law prohibits weapons with an unlimitable effect, which cause unlimited damage to people outside the battle zone. This is the

[2] In a memorandum responding to an enquiry regarding the number of signatures received, the archivist observes that: "To be precise in this matter is to count the stars in the sky."

[3] The sponsors of a Declaration of Public Conscience from Japan have stated, in a communication to the Registrar, that they have stored in a warehouse in The Hague, 1,757,757 signatures, which the Court had no space to accommodate, in addition to the 1,564,954 actually deposited with the Court. Another source, based in Europe, has reckoned the declarations it has received, in connection with the current applications to the Court, at 3,691,899, of which 3,338,408 have been received from Japan.

les conclusions auxquelles la Cour est parvenue. Mais ce que j'ai dit sur ce point dans l'opinion dissidente en question doit être considéré comme un complément à ce qui va suivre.

* * *

I. Introduction

1. Importance primordiale de la question soumise à la Cour

Je vais maintenant aborder le fond de la présente opinion.

L'affaire considérée a dès l'origine suscité dans le monde un intérêt sans précédent dans les annales de la Cour. Trente-cinq Etats ont déposé des exposés écrits et vingt-quatre ont présenté des exposés oraux. Une multitude d'organisations, y compris des organisations non gouvernementales, ont également envoyé des communications à la Cour et lui ont soumis de la documentation; et près de deux millions de signatures recueillies dans près de vingt-cinq pays et émanant d'organisations et de particuliers ont été effectivement reçues par la Cour. D'autres pièces contenant des signatures, si volumineuses que la Cour a été dans l'impossibilité matérielle de les recevoir, ont été remises à divers autres dépositaires. L'archiviste de la Cour estime que, si on prend aussi en compte ces pièces, plus de trois millions de signatures ont été reçues[2]. Le nombre total de signatures, dont certaines n'ont pu être déposées auprès de la Cour, dépasse largement ce chiffre. C'est du Japon, la seule nation à avoir été victime d'une attaque nucléaire, qu'émane le plus grand nombre de signatures[3]. Bien que ces organisations et ces particuliers n'aient pas soumis d'exposés en bonne et due forme à la Cour, leur action témoigne d'une effervescence de l'opinion publique mondiale qui n'est pas sans pertinence juridique, comme on le verra plus loin dans la présente opinion.

L'idée que les armes nucléaires sont intrinsèquement illicites et que la conscience de cette illicéité devrait contribuer notablement à l'avènement d'un monde dénucléarisé n'est pas nouvelle. Albert Schweitzer s'y réfère dès 1958 dans une lettre à Pablo Casals où il évoque

> «l'argument le plus élémentaire et le plus évident: à savoir que le droit international interdit les armes ayant des effets impossibles à maîtriser qui causent des dommages illimités aux populations ne se

[2] Interrogé sur le nombre des signatures reçues, l'archiviste a répondu ce qui suit dans un mémorandum: «Donner leur chiffre exact reviendrait à compter les étoiles dans le ciel.»

[3] Les auteurs d'une déclaration exprimant la conscience publique d'origine japonaise ont signalé, dans une communication au Greffier, qu'outre les 1 564 954 signatures déposées auprès de la Cour, ils ont déposé dans un entrepôt de La Haye 1 757 757 signatures que la Cour n'a pas pu recevoir faute de place. Une autre source en Europe a indiqué avoir reçu, à propos des demandes d'avis consultatif soumises à la Cour, 3 691 899 signatures, dont 3 338 408 provenaient du Japon.

> case with atomic and nuclear weapons . . . The argument that these weapons are contrary to international law contains everything that we can reproach them with. It has the advantage of being a *legal argument* . . . No government can deny that these weapons violate international law . . . and international law cannot be swept aside!"[4]

Though lay opinion has thus long expressed itself on the need for attention to the legal aspects, the matter has not thus far been the subject of any authoritative judicial pronouncement by an international tribunal. It was considered by the courts in Japan in the *Shimoda* case[5] but, until the two current requests for advisory opinions from this Court, there has been no international judicial consideration of the question. The responsibility placed upon the Court is thus of an extraordinarily onerous nature, and its pronouncements must carry extraordinary significance.

This matter has been strenuously argued before the Court from opposing points of view. The Court has had the advantage of being addressed by a number of the most distinguished practitioners in the field of international law. In their submissions before the Court, they have referred to the historic nature of this request by the General Assembly and the request of the World Health Organization, which has been heard along with it. In the words of one of them, these requests:

> "will constitute milestones in the history of the Court, if not in history *per se*. It is probable that these requests concern the most important legal issue which has ever been submitted to the Court." (Salmon, Solomon Islands, CR 95/32, p. 38.)

In the words of another, "It is not every day that the opportunity of pleading for the survival of humanity in such an august forum is offered." (David, Solomon Islands, CR 95/32, p. 49.)

It is thus the gravest of possible issues which confronts the Court in this Advisory Opinion. It requires the Court to scrutinize every available source of international law, quarrying deep, if necessary, into its very bedrock. Seams of untold strength and richness lie therein, waiting to be quarried. Do these sources contain principles mightier than might alone, wherewith to govern the mightiest weapon of destruction yet devised?

It needs no emphasis that the function of the Court is to state the law as it now is, and not as it is envisaged in the future. Is the use or threat of

[4] *Albert Schweitzer, Letters 1905-1965*, H. W. Bähr (ed.), J. Neugroschel (trans.), 1992, p. 280, letter to Pablo Casals dated 3 October 1958; emphasis added.

[5] *Shimoda* v. *The Japanese State*, *The Japanese Annual of International Law*, 1964, pp. 212-252.

> trouvant pas dans la zone des combats, comme c'est le cas des armes atomiques et nucléaires ... L'argument selon lequel ces armes sont contraires au droit international résume tout ce que nous avons à leur reprocher. Il a l'avantage d'être un *argument juridique* ... Aucun gouvernement ne peut nier que ces armes violent le droit international ... et on ne peut purement et simplement faire abstraction du droit international!»[4]

Si donc les non-spécialistes ont de longue date reconnu la nécessité de l'examiner sous ses aspects juridiques, la question n'a jusqu'à présent fait l'objet d'aucune décision judiciaire faisant autorité émanant d'un tribunal international. Elle a été examinée par les tribunaux japonais dans l'affaire *Shimoda*[5], mais jusqu'à la soumission à la Cour des deux demandes d'avis consultatif, aucun organe judiciaire international n'a eu à en connaître. La responsabilité qui incombe à la Cour est donc extraordinairement lourde et ses conclusions revêtent nécessairement une importance exceptionnelle.

La question a été intensément débattue devant la Cour à partir de points de vue opposés. La Cour a l'avantage de voir se présenter devant elle les spécialistes les plus éminents du droit international. Dans leurs exposés, ils ont souligné la valeur historique que revêtent tant la présente demande d'avis consultatif émanant de l'Assemblée générale que la demande de l'OMS qui a été examinée aussi par la Cour. Selon l'un d'entre eux, ces demandes

> «feront date dans l'histoire de la Cour sinon dans l'histoire tout court. Il est probable que ces demandes portent sur la question juridique la plus importante qui lui ait jamais été soumise.» (M. Salmon, Iles Salomon, CR 95/32, p. 38.)

Selon un autre: «Ce n'est pas tous les jours qu'on a l'occasion de plaider pour la survie de l'humanité devant une Cour aussi prestigieuse.» (M. David, Iles Salomon, CR 95/32, p. 49.)

Puisque c'est le plus grave des problèmes concevables qui est abordé dans le présent avis consultatif, il est du devoir de la Cour d'examiner, dans un tel contexte, toutes les sources disponibles du droit international, en allant aussi loin que possible dans ses recherches. La force et la richesse insoupçonnées que recèlent ces sources n'attendent que d'être mises au jour. Ces sources recèlent-elles des principes plus puissants que la puissance elle-même, sur la base desquels devrait être régie l'arme de destruction la plus puissante qui ait jamais été conçue?

On ne saurait trop souligner que la fonction de la Cour est de dire le droit tel qu'il est aujourd'hui et non tel qu'il pourrait être demain. Le

[4] *Albert Schweitzer, Letters 1905-1965*, H. W. Bähr (dir. publ.), J. Neugroschel (trad.) [dont la traduction anglaise a servi de base à la version française ci-dessus], 1992, p. 280, lettre à Pablo Casals du 3 octobre 1958; les italiques sont de moi.

[5] *Shimoda c. l'Etat japonais, The Japanese Annual of International Law*, 1964, p. 212-252.

use of nuclear weapons illegal under presently existing principles of law, rather than under aspirational expectations of what the law should be? The Court's concern in answering this request for an opinion is with *lex lata* not with *lex ferenda*.

At the most basic level, three alternative possibilities could offer themselves to the Court as it reaches its decision amidst the clash of opposing arguments. If indeed the principles of international law decree that the use of the nuclear weapon is legal, it must so pronounce. The anti-nuclear forces in the world are immensely influential, but that circumstance does not swerve the Court from its duty of pronouncing the use of the weapons legal if that indeed be the law. A second alternative conclusion is that the law gives no definite indication one way or the other. If so, that neutral fact needs to be declared, and a new stimulus may then emerge for the development of the law. Thirdly, if legal rules or principles dictate that the nuclear weapon is illegal, the Court will so pronounce, undeterred again by the immense forces ranged on the side of the legality of the weapon. As stated at the very commencement, this last represents my considered view. The forces ranged against the view of illegality are truly colossal. However, collisions with the colossal have not deterred the law on its upward course towards the concept of the rule of law. It has not flinched from the task of imposing constraints upon physical power when legal principle so demands. It has been by a determined stand against forces that seemed colossal or irresistible that the rule of law has been won. Once the Court determines what the law is, and ploughs its furrow in that direction, it cannot pause to look over its shoulder at the immense global forces ranged on either side of the debate.

2. Submissions to the Court

Apart from submissions relating to the competence of the General Assembly to request this opinion, a large number of submissions on the substantive law have been made on both sides by the numerous States who have appeared before the Court or tendered written submissions.

Though there is necessarily an element of overlap among some of these submissions, they constitute in their totality a vast mass of material, probing the laws of war to their conceptual foundations. Extensive factual material has also been placed before the Court in regard to the many ways in which the nuclear weapon stands alone, even among weapons of mass destruction, for its unique potential of damaging humanity and its environment for generations to come.

On the other hand, those opposing the submission of illegality have argued that, despite a large number of treaties dealing with nuclear weap-

problème est de savoir si l'on peut, pour conclure à l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires, s'appuyer sur les principes juridiques existants et non sur une aspiration idéaliste de ce que le droit devrait être? En répondant à la présente demande d'avis consultatif, la Cour traite d'une question de *lege lata* et non de *lege ferenda*.

En se prononçant sur une question qui suscite des arguments si contradictoires, la Cour peut essentiellement se trouver devant trois possibilités. Si les principes du droit international établissent que l'emploi de l'arme nucléaire est licite, la Cour est tenue de conclure en ce sens. Les forces antinucléaires dans le monde pèsent d'un poids énorme mais cela ne doit pas détourner la Cour de son devoir, qui est de déclarer que l'emploi des armes nucléaires est licite si c'est ce que dit le droit. Une deuxième possibilité est que le droit ne fournit aucune indication précise ni dans un sens ni dans l'autre. En pareil cas, il faut prendre acte de ce silence et une nouvelle impulsion pourrait être donnée au développement du droit. Enfin, si les règles et principes juridiques font apparaître que l'arme nucléaire est illicite, la Cour doit se prononcer en ce sens sans se laisser intimider par les immenses forces soutenant la thèse de la licéité. Comme je l'ai indiqué dès le début, tout bien considéré, cette dernière option me paraît être la bonne. Les forces qui s'opposent à la thèse de l'illicéité sont certes colossales. Mais la confrontation avec des forces colossales n'a pas empêché le droit de poursuivre sa progression vers l'affirmation de sa primauté. Le droit ne craint pas d'imposer des limites à la force matérielle lorsque les principes juridiques l'exigent. C'est en s'affirmant énergiquement en présence de forces apparemment colossales ou irrésistibles que le droit a établi sa primauté. Une fois que la Cour a déterminé ce que dit le droit et mis le cap dans cette direction, elle ne peut pas s'arrêter pour mesurer purement et simplement l'ampleur des forces globales massées de chaque côté de sa route.

2. Exposés soumis à la Cour

Outre les exposés relatifs à la compétence de l'Assemblée générale pour demander cet avis consultatif, un grand nombre d'exposés sur le droit positif en la matière ont été soumis de part et d'autre par les nombreux Etats qui se sont présentés devant la Cour ou ont déposé des exposés écrits.

Bien qu'il y ait nécessairement des répétitions dans ces divers exposés, ils constituent dans leur ensemble une véritable masse de documents, qui analyse le droit de la guerre jusque dans ses fondements théoriques. Un très grand nombre d'éléments de fait ont également été soumis à la Cour pour mettre en lumière le caractère spécifique que présentent à maints égards les armes nucléaires, même comparées aux autres armes de destruction massive, en raison des ravages sans précédent qu'elles peuvent causer à l'humanité et à son environnement pour les générations à venir.

De leur côté, les adversaires de la thèse de l'illicéité ont soutenu que, bien qu'il existe un grand nombre de traités sur les armes nucléaires,

ons, no single clause in any treaty declares nuclear weapons to be illegal in specific terms. They submit that, on the contrary, the various treaties on nuclear weapons entered into by the international community, including the Nuclear Non-Proliferation Treaty (NPT) in particular, carry a clear implication of the current legality of nuclear weapons in so far as concerns the nuclear powers. Their position is that the principle of the illegality of the use or threat of use of nuclear weapons still lies in the future, although considerable progress has been made along the road leading to that result. It is *lex ferenda* in their submission, and not yet of the status of *lex lata*. Much to be desired, but not yet achieved, it is a principle waiting to be born.

This opinion cannot possibly do justice to all of the formal submissions made to the Court, but will attempt to deal with some of the more important among them.

3. Some Preliminary Observations on the United Nations Charter

It was only a few weeks before the world was plunged into the age of the atom that the United Nations Charter was signed. The subscribing nations adopted this document at San Francisco on 26 June 1945. The bomb was dropped on Hiroshima on 6 August 1945. Only 40 days intervened between the two events, each so pregnant with meaning for the human future. The United Nations Charter opened a new vista of hope. The bomb opened new vistas of destruction.

Accustomed as it was to the destructiveness of traditional war, the world was shaken and awe-struck at the power of the nuclear bomb — a small bomb by modern standards. The horrors of war, such as were known to those who drafted the Charter, were thus only the comparatively milder horrors of World War II, as they had been experienced thus far. Yet these horrors, seared into the conscience of humanity by the most devastating conflict thus far in human history, were sufficient to galvanize the world community into action, for, in the words of the United Nations Charter, they had "brought untold sorrow to mankind". The potential to bring untold sorrow to mankind was within weeks to be multiplied several-fold by the bomb. Did that document, drafted in total unawareness of this escalation in the weaponry of war, have anything to say of relevance to the nuclear age which lay round the corner?

There are six keynote concepts in the opening words of the Charter which have intense relevance to the matter before the Court.

The Charter's very first words are "We, the peoples of the United Nations" — thereby showing that all that ensues is the will of the peoples of the world. Their collective will and desire is the very source of the United Nations Charter and that truth should never be permitted to recede from view. In the matter before the Court, the *peoples of the world* have a vital interest, and global public opinion has an important influ-

aucun ne contient de clause déclarant ces armes expressément illicites. A les entendre, au contraire, les divers traités sur les armes nucléaires conclus par la communauté internationale et notamment le traité sur la non-prolifération impliquent clairement que les armes en question sont actuellement licites pour ce qui est des puissances nucléaires. Leur thèse est que le principe de l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires, malgré les grands progrès faits dans la voie de sa reconnaissance, est encore du domaine du futur. Il relève pour le moment, selon eux, de la *lex ferenda* et non de la *lex lata*. Très souhaitable mais encore en devenir, c'est un principe en gestation.

Dans la présente opinion, je ne peux traiter comme ils devraient l'être tous les arguments présentés à la Cour, mais je tenterai d'analyser certains des plus importants.

3. Quelques observations préliminaires sur la Charte des Nations Unies

Ce n'est que quelques semaines avant que le monde n'entre brusquement dans l'ère de l'atome qu'a été signée la Charte des Nations Unies. Les pays signataires ont adopté ce document à San Francisco le 26 juin 1945. La bombe a été larguée sur Hiroshima le 6 août 1945. Il ne s'est écoulé que quarante jours entre les deux événements, l'un et l'autre si chargés de signification pour l'avenir de l'humanité. La Charte des Nations Unies a inauguré une nouvelle ère d'espoir. La bombe a ouvert une nouvelle ère de destruction.

Si habitué qu'il fût aux ravages causés par la guerre classique, le monde n'en a pas moins été consterné et horrifié par la puissance de la bombe nucléaire — modeste pourtant par rapport à ce qui se fait aujourd'hui. Les horreurs de la guerre qu'avaient connues les rédacteurs de la Charte n'étaient que les horreurs, comparativement plus limitées, vécues jusque-là pendant la seconde guerre mondiale. Pourtant ces horreurs, gravées dans la conscience de l'humanité par le conflit le plus dévastateur de l'histoire, avaient suffi pour mobiliser les énergies de la communauté internationale car elles avaient, pour citer la Charte, «infligé à l'humanité d'indicibles souffrances». Le pouvoir d'infliger d'indicibles souffrances à l'humanité allait quelques semaines plus tard être multiplié des dizaines de fois par la bombe. La Charte, rédigée dans l'ignorance totale de cet accroissement de la puissance des armements, a-t-elle lancé un message adapté à l'ère nucléaire qui allait s'ouvrir?

Les premières lignes de la Charte contiennent six formules clés qui sont d'une extrême pertinence en l'espèce.

La Charte s'ouvre sur les mots: «Nous, peuples des Nations Unies» — montrant ainsi que tout ce qui suit exprime la volonté des peuples de la Terre. C'est dans la volonté et les aspirations collectives de ces peuples que la Charte trouve sa source — une vérité qu'il ne faut jamais perdre de vue. Dans l'affaire soumise à la Cour, les *peuples du monde* ont un intérêt vital et l'opinion publique mondiale exerce une influence importante sur

ence on the development of the principles of public international law. As will be observed later in this opinion, the law applicable depends heavily upon "the principles of humanity" and "the dictates of public conscience", in relation to the means and methods of warfare that are permissible.

The Charter's next words refer to the determination of those peoples to save succeeding generations from the scourge of war. The only war they knew was war with non-nuclear weapons. That resolve would presumably have been steeled even further had the destructiveness and the intergenerational effects of nuclear war been known.

The Charter immediately follows those two key concepts with a third — the dignity and worth of the human person. This is recognized as the cardinal unit of value in the global society of the future. A means was about to reveal itself of snuffing it out by the million with the use of a single nuclear weapon.

The fourth observation in the Charter, succeeding hard on the heels of the first three, is the equal rights of nations large and small. This is an ideal which is heavily eroded by the concept of nuclear power.

The next observation refers to the maintenance of obligations arising from treaties and *"other sources of international law"* (emphasis added). The argument against the legality of nuclear weapons rests principally not upon treaties, but upon such "other sources of international law" (mainly humanitarian law), whose principles are universally accepted.

The sixth relevant observation in the preamble to the Charter is its object of promoting social progress and better standards of life in larger freedom. Far from moving towards this Charter ideal, the weapon we are considering is one which has the potential to send humanity back to the stone age if it survives at all.

It is indeed as though, with remarkable prescience, the founding fathers had picked out the principal areas of relevance to human progress and welfare which could be shattered by the appearance only six weeks away of a weapon which for ever would alter the contours of war — a weapon which was to be described by one of its creators, in the words of ancient oriental wisdom, as a "shatterer of worlds"[6].

The Court is now faced with the duty of rendering an opinion in regard to the legality of this weapon. The six cardinal considerations set out at the very commencement of the Charter need to be kept in constant view, for each of them offers guidelines not to be lightly ignored.

[6] Robert Oppenheimer, quoting *The Bhagvadgita*. See Peter Goodchild, *Robert Oppenheimer: Shatterer of Worlds*, 1980.

le développement des principes du droit international public. Comme on le verra dans la suite de la présente opinion, le droit applicable est largement fonction des «principes d'humanité» et des «exigences de la conscience publique», pour ce qui est de déterminer les moyens et méthodes de guerre qu'il est permis d'utiliser.

La Charte dit ensuite que les peuples des Nations Unies sont résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre. L'expérience de la génération d'alors se limitait à la guerre non nucléaire et une formulation encore plus énergique aurait sans doute été adoptée si l'on avait été conscient du potentiel destructeur des armes nucléaires et de la persistance de leurs effets d'une génération à l'autre.

Immédiatement après ces deux idées, la Charte en avance une troisième, celle de la dignité et de la valeur de la personne humaine reconnues comme la considération suprême dans la société mondiale de demain, alors même que le monde allait avoir la révélation d'un moyen de faucher des vies par millions avec une seule bombe atomique.

Juste après ces trois idées, la Charte en émet une quatrième, celle de l'égalité de droit des nations grandes et petites — idéal que la notion de puissance nucléaire met sérieusement en péril.

Ensuite vient la notion du maintien du respect des obligations nées des traités et *«autres sources du droit international»* (les italiques sont de moi). La thèse qui conteste la licéité des armes nucléaires s'appuie principalement non sur les traités mais sur «les autres sources du droit international» (essentiellement le droit humanitaire), dont les principes sont universellement acceptés.

La sixième idée pertinente contenue dans le préambule de la Charte a trait au progrès social et à l'instauration de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande. Loin de contribuer à la réalisation de cet idéal énoncé par la Charte, l'arme qui nous occupe a la capacité de faire retourner l'humanité à l'âge de pierre — si elle ne l'anéantit pas complètement.

On dirait vraiment qu'avec une prescience remarquable les auteurs de la Charte ont eu l'intuition des grandes valeurs liées au progrès et au bien-être de l'humanité qui allaient être menacées de destruction par l'apparition, six semaines plus tard, d'une arme assez puissante pour modifier à tout jamais le visage de la guerre — une arme qu'un de ses créateurs, empruntant à l'antique sagesse orientale, qualifierait un jour de celle «qui anéantit les mondes»[6], lui reconnaissant ainsi le pouvoir d'ébranler l'univers.

La Cour est maintenant appelée à émettre un avis sur la licéité de cette arme. Les six idées cruciales énoncées au tout début de la Charte ne doivent jamais être perdues de vue car chacune d'entre elles est un point de repère dont il ne faut pas s'écarter à la légère.

[6] Robert Oppenheimer citant le *Bhagavad-Gita*. Voir Peter Goodchild, *Robert Oppenheimer: Shatterer of Worlds*, 1980.

4. The Law Relevant to Nuclear Weapons

As Oscar Schachter observes, the law relevant to nuclear weapons is "much more comprehensive than one might infer from the discussions of nuclear strategists and political scientists"[7], and the range of applicable law could be considered in the following five categories:

1. The international law applicable generally to armed conflicts — the *jus in bello*, sometimes referred to as the "humanitarian law of war".

2. The *jus ad bellum* — the law governing the right of States to go to war. This law is expressed in the United Nations Charter and related customary law.
3. The *lex specialis* — the international legal obligations that relate specifically to nuclear arms and weapons of mass destruction.

4. The whole corpus of international law that governs State obligations and rights generally, which may affect nuclear weapons policy in particular circumstances.

5. National law, constitutional and statutory, that may apply to decisions on nuclear weapons by national authorities.

All of these will be touched upon in the ensuing opinion, but the main focus of attention will be on the first category mentioned above.

This examination will also show that each one of the sources of international law, as set out in Article 38 (1) of the Court's Statute, supports the conclusion that the use of nuclear weapons in any circumstances is illegal.

5. Introductory Observations on Humanitarian Law

It is in the department of humanitarian law that the most specific and relevant rules relating to this problem can be found.

Humanitarian law and custom have a very ancient lineage. They reach back thousands of years. They were worked out in many civilizations — Chinese, Indian, Greek, Roman, Japanese, Islamic, modern European, among others. Through the ages many religious and philosophical ideas have been poured into the mould in which modern humanitarian law has been formed. They represented the effort of the human conscience to mitigate in some measure the brutalities and dreadful sufferings of war.

---

[7] Proceedings of the Canadian Conference on Nuclear Weapons and the Law, published as *Lawyers and the Nuclear Debate*, Maxwell Cohen and Margaret Gouin (eds.), 1988, p. 29.

4. Le droit applicable aux armes nucléaires

Comme le souligne Oscar Schachter, le droit applicable aux armes nucléaires est beaucoup plus étendu que ne «le donne à penser le discours des stratèges du nucléaire et des spécialistes de la science politique»[7] et les divers éléments de ce droit pourraient être rangés dans les cinq catégories suivantes:

1) Le droit international applicable d'une manière générale aux conflits armés — le *jus in bello*, parfois désigné sous le nom de «droit humanitaire de la guerre».
2) Le *jus ad bellum* — les règles régissant le droit des Etats de faire la guerre. Ces règles trouvent leur expression dans la Charte des Nations Unies et dans le droit coutumier pertinent.
3) La *lex specialis* — les obligations juridiques internationales qui concernent spécialement les armes nucléaires et les armes de destruction massive.
4) Le corpus de droit international régissant les droits et les obligations des Etats en général, qui peut avoir une incidence sur la politique en matière d'armes nucléaires dans des circonstances déterminées.
5) Le droit interne, d'origine constitutionnelle et législative, éventuellement applicable aux décisions des autorités nationales en matière d'armes nucléaires.

Chacune de ces catégories sera analysée dans la présente opinion mais c'est surtout la première qui retiendra mon attention.

Cette analyse montrera également que les diverses sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour corroborent toutes la conclusion que l'emploi des armes nucléaires est illicite en toute circonstance.

5. Remarques préliminaires sur le droit humanitaire

C'est dans le domaine du droit humanitaire que l'on trouve les règles les plus précises et les plus pertinentes sur la question à l'examen.

Le droit et la coutume humanitaires ont des lettres de noblesse fort anciennes, remontant à des milliers d'années, et tirent leur origine de nombreuses civilisations — celles notamment de la Chine, de l'Inde, de la Grèce, de Rome, du Japon, de l'Islam et de l'Europe moderne. Au fil des siècles, maintes idées religieuses et philosophiques ont été apportées au creuset d'où est sorti le droit humanitaire moderne. Ainsi s'est traduit l'effort de la conscience humaine pour atténuer dans une certaine mesure

[7] Actes de la *Canadian Conference on Nuclear Weapons and the Law*, publiés sous le titre *Lawyers and the Nuclear Debate*, Maxwell Cohen et Margaret Gouin (dir. publ.), 1988, p. 29.

In the language of a notable declaration in this regard (the St. Petersburg Declaration of 1868), international humanitarian law is designed to "conciliate the necessities of war with the laws of humanity". In recent times, with the increasing slaughter and devastation made possible by modern weaponry, the dictates of conscience have prompted ever more comprehensive formulations.

It is today a substantial body of law, consisting of general principles flexible enough to accommodate unprecedented developments in weaponry, and firm enough to command the allegiance of all members of the community of nations. This body of general principles exists in addition to over 600 special provisions in the Geneva Conventions and their Additional Protocols, apart from numerous other conventions on special matters such as chemical and bacteriological weapons. It is thus an important body of law in its own right, and this case in a sense puts it to the test.

Humanitarian law is ever in continuous development. It has a vitality of its own. As observed by the 1945 Nuremberg Tribunal, which dealt with undefined "crimes against humanity" and other crimes, "[the law of war] is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world"[8]. Humanitarian law grows as the sufferings of war keep escalating. With the nuclear weapon, those sufferings reach a limit situation, beyond which all else is academic. Humanitarian law, as a living discipline, must respond sensitively, appropriately and meaningfully.

By their very nature, problems in humanitarian law are not abstract, intellectual enquiries which can be pursued in ivory-tower detachment from the sad realities which are their stuff and substance. Not being mere exercises in logic and black-letter law, they cannot be logically or intellectually disentangled from their terrible context. Distasteful though it be to contemplate the brutalities surrounding these legal questions, the legal questions can only be squarely addressed when those brutalities are brought into vivid focus.

The brutalities tend often to be hidden behind a veil of generalities and platitudes — such as that all war is brutal or that nuclear weapons are the most devastating weapons of mass destruction yet devised. It is necessary to examine more closely what this means in all its stark reality. A close and unvarnished picture is required of the actual human sufferings involved, and of the multifarious threats to the human condition posed by these weapons. Then only can humanitarian law respond appropriately. Indeed, it is by turning the spotlight on the agonies of the battle-

[8] *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, 1948, Vol. 22, p. 464.

la barbarie et les effroyables souffrances de la guerre. Pour citer une déclaration célèbre adoptée dans ce domaine (la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868), le droit international humanitaire vise à concilier «les nécessités de la guerre» avec «les lois de l'humanité». A l'époque récente, l'accroissement du pouvoir meurtrier et dévastateur des armements a provoqué dans la conscience morale une réaction qui s'est traduite par des formulations d'une portée de plus en plus large.

On est aujourd'hui en présence d'un solide corpus juridique, consistant en un certain nombre de principes généraux, à la fois assez souples pour s'adapter au rythme sans précédent de l'évolution de la situation en matière d'armements et assez fermement établis pour recueillir l'adhésion de tous les membres de la communauté des nations. A ce corps de principes généraux s'ajoutent les dispositions spéciales — plus de six cents au total — que contiennent les conventions de Genève et leurs protocoles additionnels, ainsi que les nombreuses autres conventions consacrées à des sujets spécialisés comme celui des armes chimiques et bactériologiques. Il y a donc là un corpus juridique autonome très étoffé que la présente affaire permet en quelque sorte de tester.

Le droit humanitaire est en constante évolution. Il a sa vitalité propre. Comme l'a déclaré le Tribunal de Nüremberg en 1945, en présence de «crimes de guerre» et autres crimes non définis, «[le droit de la guerre] n'est pas statique; grâce à un processus continu d'adaptation, il reste en phase avec les exigences d'un monde en évolution»[8]. Le droit humanitaire se développe au fur et à mesure que les souffrances de la guerre gagnent en intensité. Avec l'arme nucléaire, ces souffrances atteignent un paroxysme qui dépasse tout. La réaction du droit humanitaire, discipline vivante, doit être pertinente, raisonnable et efficace.

De par leur nature même, les problèmes du droit humanitaire ne sont pas de ceux sur lesquels on peut se livrer à des spéculations abstraites dans une tour d'ivoire, loin des tristes réalités qui en sont la substance même. Ne se laissant pas enfermer dans le cadre de la logique et du droit au pied de la lettre, ils ne peuvent être logiquement ou intellectuellement dissociés de leur douloureux contexte. On ne peut vraiment s'y attaquer qu'en mettant clairement en évidence les questions juridiques que soulève la barbarie de la guerre, si déplaisantes soient-elles.

Cette barbarie est souvent occultée par un voile de généralités ou de platitudes du type: «Toute guerre est cruelle», ou: «Les armes nucléaires sont les armes de destruction massive les plus dévastatrices qui aient jamais été conçues.» Il faut examiner de plus près les vraies réalités que cachent ces observations et mettre en lumière dans toute leur acuité les souffrances humaines effectivement endurées et les menaces multiformes que les armes considérées font peser sur la destinée humaine. C'est à cette condition que le droit humanitaire peut jouer un rôle utile. N'est-ce pas la

[8] *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, 1948, vol. 22, p. 464.

field that modern humanitarian law began. This opinion will therefore examine the factual effects of nuclear weapons in that degree of minimum detail which is necessary to attract to these considerations the matching principles of humanitarian law.

6. Linkage between Humanitarian Law and the Realities of War

The nineteenth century tended to view war emotionally, as a glorious enterprise, and practically, as a natural extension of diplomacy. Legitimized by some philosophers, respected by nearly all statesmen, and glorified by many a poet and artist, its brutalities tended to be concealed behind screens of legitimacy, respectability and honour.

Henri Dunant's *Memory of Solferino*, written after a visit to the battlefield of Solferino in 1859, dragged the brutalities of war into public view in a manner which shook contemporary civilization out of its complacency and triggered off the development of modern humanitarian law. That spirit of realism needs to be constantly rekindled if the law is not to stray too far from its subject matter, and thus become sterile.

Dunant's historic account touched the conscience of his age to the extent that a legal response seemed imperative. Here is his description of the raw realities of war as practised in his time:

> "Here is a hand-to-hand struggle in all its horror and frightfulness: Austrians and Allies trampling each other under foot, killing one another on piles of bleeding corpses, felling their enemies with their rifle butts, crushing skulls, ripping bellies open with sabre and bayonet. No quarter is given. It is a sheer butchery . . .
>
> A little further on, it is the same picture, only made the more ghastly by the approach of a squadron of cavalry, which gallops by, crushing dead and dying beneath its horses' hoofs. One poor man has his jaw carried away; another his head shattered; a third, who could have been saved, has his chest beaten in.
>
> Here comes the artillery, following the cavalry and going at full gallop. The guns crash over the dead and wounded, strewn pell-mell on the ground. Brains spurt under the wheels, limbs are broken and torn, bodies mutilated past recognition — the soil is literally puddled with blood, and the plain littered with human remains."

His description of the aftermath is no less powerful:

> "The stillness of the night was broken by groans, by stifled sighs of anguish and suffering. Heart-rending voices kept calling for help. Who could ever describe the agonies of that fearful night?

révélation des atrocités commises sur les champs de bataille qui a été le point de départ du droit humanitaire moderne? La présente opinion analysera donc les effets concrets des armes nucléaires de manière suffisamment détaillée pour démontrer que les principes du droit humanitaire leur sont applicables.

6. Le lien entre le droit humanitaire et les réalités de la guerre

Le XIX[e] siècle tendait à considérer la guerre, sur le plan émotionnel, comme une entreprise glorieuse et, sur le plan pratique, comme le prolongement naturel de la diplomatie. Légitimée par certains philosophes, respectée par presque tous les hommes d'Etat et glorifiée par maints artistes et poètes, la guerre dissimulait sa barbarie derrière un écran de légitimité, de respectabilité et de grandeur.

Le récit *Un souvenir de Solferino* d'Henri Dunant, écrit au retour du champ de bataille de Solferino en 1859, a révélé au grand public la cruauté de la guerre avec une force qui a secoué l'indifférence de la civilisation contemporaine et amorcé le développement du droit humanitaire moderne. Il faut que le droit reste constamment en prise avec le réel si l'on ne veut pas qu'il s'éloigne trop de son objet et ne devienne donc stérile.

Le récit historique de Dunant a si profondément touché la conscience de son époque qu'il ne pouvait manquer d'avoir un écho juridique. Voici sa description des cruelles réalités de la guerre telle qu'elle se pratiquait à l'époque, qui met en lumière une lutte corps à corps horrible et épouvantable:

> «Autrichiens et alliés se foulent aux pieds, s'entretuent sur des cadavres sanglants, s'assomment à coups de crosse, se brisent le crâne, s'éventrent avec le sabre et la baïonnette ... — point de quartier ... C'est une boucherie...
>
> Parfois, la lutte devient plus effrayante par l'approche d'un escadron de cavalerie qui passe au galop ... écrasant sous les pieds ferrés [des chevaux] les morts et les mourants ... L'un [des blessés] a la mâchoire emportée; un autre la tête écrasée; un troisième la poitrine enfoncée.
>
> L'artillerie lancée à fond de train suit la cavalerie. Elle se fraie une route à travers les cadavres et les blessés gisant indistinctement sur le sol. Les membres sont brisés et broyés, les cervelles jaillissent, la terre s'abreuve de sang et le sol est jonché de débris humains.»

La description du champ de bataille après le combat n'est pas moins saisissante:

> «Dans le silence de la nuit, on entend des gémissements, des soupirs étouffés pleins d'angoisse et de souffrance, des voix déchirantes qui appellent du secours. Qui pourra jamais redire les agonies de cette nuit?

> When the sun came up on the twenty-fifth, it disclosed the most dreadful sights imaginable. Bodies of men and horses covered the battlefield: corpses were strewn over roads, ditches, ravines, thickets and fields: the approaches of Solferino were literally thick with dead."

Such were the realities of war, to which humanitarian law was the response of the legal conscience of the time. The nuclear weapon has increased the savagery a thousandfold since Dunant wrote his famous words. The conscience of our time has accordingly responded in appropriate measure, as amply demonstrated by the global protests, the General Assembly resolutions, and the universal desire to eliminate nuclear weapons altogether. It does not sit back in a spirit of scholarly detachment, drawing its conclusions from refined exercises in legal logic.

Just as it is through close contact with the raw facts of artillery and cavalry warfare that modern humanitarian law emerged, it is through a consideration of the raw facts of nuclear war that an appropriate legal response can emerge.

While we have moved from the cruelties of cavalry and artillery to the exponentially greater cruelties of the atom, we now enjoy a dual advantage, not present in Dunant's time — the established discipline of humanitarian law and ample documentation of the human suffering involved. Realities infinitely more awful than those which confronted Dunant's age of simpler warfare cannot fail to touch the legal conscience of our age.

Here is an eyewitness description from the first use of the weapon in the nuclear age — one of hundreds of such scenes which no doubt occurred simultaneously, and many of which have been recorded in contemporary documentation. The victims were not combatants, as was the case at Solferino:

> "It was a horrible sight. Hundreds of injured people who were trying to escape to the hills passed our house. The sight of them was almost unbearable. Their faces and hands were burnt and swollen; and great sheets of skin had peeled away from their tissues to hang down like rags on a scarecrow. They moved like a line of ants. All through the night they went past our house, but this morning they had stopped. I found them lying on both sides of the road, so thick that it was impossible to pass without stepping on them.
>
> And they had no faces! Their eyes, noses and mouths had been burned away, and it looked like their ears had been melted off. It was hard to tell front from back. One soldier, whose features had been destroyed and was left with his white teeth sticking out, asked me for some water but I didn't have any. (I clasped my hands and

Le soleil du 25 juin 1859 éclaire l'un des spectacles les plus affreux qui se puissent présenter à l'imagination.

Le champ de bataille est jonché de cadavres d'hommes et de chevaux. Ils sont comme semés sur les routes, dans les fossés, les ravins, les buissons, les prés, surtout aux approches du village de Solferino.»

Telles étaient les réalités de la guerre, auxquelles la conscience juridique de l'époque a réagi par le développement du droit humanitaire. Depuis le célèbre témoignage de Dunant, l'arme nucléaire a multiplié le problème par mille. La conscience contemporaine a réagi en conséquence, comme en témoignent amplement les protestations mondiales, les résolutions de l'Assemblée générale et la volonté universelle d'éliminer purement et simplement les armes nucléaires. Rien ici du détachement du chercheur parvenant à ses conclusions par le biais d'un subtil maniement de la logique juridique.

Tout comme c'est à la faveur d'un contact étroit avec la réalité sans fard des combats d'artillerie et de cavalerie que s'est dégagé le droit humanitaire moderne, c'est l'analyse de la réalité crue de la guerre nucléaire qui peut susciter la réaction juridique appropriée.

Si à la barbarie des combats d'artillerie et de cavalerie a succédé la barbarie sans commune mesure de l'atome, nous avons sur les contemporains de Dunant un double avantage: celui d'avoir à notre disposition un droit humanitaire bien établi et celui d'être amplement renseignés sur les souffrances humaines en cause. En présence de conséquences infiniment plus terrifiantes que celles des techniques militaires plus rudimentaires qui étaient en usage à l'époque de Dunant, la conscience juridique de notre temps ne saurait rester passive.

Voici comment un témoin décrit ce qu'il a vu après que l'arme atomique eut été utilisée pour la première fois à l'ère nucléaire — et des centaines de scènes semblables se sont sûrement déroulées au même moment, beaucoup étant d'ailleurs relatées dans les archives contemporaines. Les victimes n'étaient pas, comme à Solferino, des combattants:

«C'était un spectacle horrible. Des centaines de blessés qui essayaient de fuir dans les collines passaient devant notre maison. Les regarder était presque intolérable. Leur visage et leurs mains étaient brûlés et gonflés et de grands lambeaux de peau détachés de leurs chairs pendaient de leur corps comme des haillons d'un épouvantail. Ils cheminaient comme des fourmis. Toute la nuit, ils sont passés devant notre maison mais au matin le cortège s'était arrêté. Je les ai trouvés gisant de chaque côté de la route, dans un tel entassement qu'il était impossible de passer sans piétiner leurs corps.

Et ils n'avaient plus de visage! Leurs yeux, leur nez et leur bouche avaient été brûlés et on aurait dit que leurs oreilles avaient fondu. Il était difficile de distinguer la face antérieure de la face postérieure de leur corps. Un soldat dont il ne restait du visage que les dents qui saillaient me demanda de l'eau mais je n'en avais pas. (Je joignis les

prayed for him. He didn't say anything more.) His plea for water must have been his last words."[9]

Multiply this a thousand-fold or even a million-fold and we have a picture of just one of the many possible effects of nuclear war.

Massive documentation details the sufferings caused by nuclear weapons — from the immediate charring and mutilation for miles from the site of the explosion, to the lingering after-effects — the cancers and the leukaemias which imperil human health, the genetic mutations which threaten human integrity, the environmental devastation which endangers the human habitat, the disruption of all organization, which undermines human society.

The Hiroshima and Nagasaki experience were two isolated incidents three days apart. They tell us very little of the effects of multiple explosions that would almost inevitably follow in quick succession in the event of a nuclear war today (see Section II.6 below). Moreover, 50 years of development have intervened, with bombs being available now which carry 70 or even 700 times the explosive power of the Hiroshima and Nagasaki bombs. The devastation of Hiroshima and Nagasaki could be magnified several-fold by just one bomb today, let alone a succession of bombs.

7. The Limit Situation Created by Nuclear Weapons

Apart from human suffering, nuclear weapons, as observed earlier, take us into a limit situation. They have the potential to destroy all civilization — all that thousands of years of effort in all cultures have produced. It is true "the dreary story of sickened survivors lapsing into stone-age brutality is not an assignment that any sensitive person undertakes willingly", but it is necessary to "contemplate the likely outcome of mankind's present course clearsightedly"[10]. Since nuclear weapons can destroy all life on the planet, they imperil all that humanity has ever stood for, and humanity itself.

---

[9] *Hiroshima Diary: The Journal of a Japanese Physician August 6-September 30, 1945*, by Michihiko Hachiya, M.D., translated and edited by Warner Wells, M.D., University of North Carolina Press, 1955, pp. 14-15.

[10] "The Medical and Ecological Effects of Nuclear War", by Don G. Bates, Professor of the History of Medicine, McGill University, in *McGill Law Journal*, 1983, Vol. 28, p. 717.

mains et priai pour lui. Il ne parla plus.) Ses derniers mots avaient sans doute été pour demander de l'eau.»[9]

Multipliez cette scène par mille ou même par un million et vous pourrez vous représenter l'un des effets, parmi bien d'autres, de la guerre nucléaire.

Il existe une volumineuse documentation sur les ravages causés par les armes nucléaires — depuis la carbonisation et la mutilation des corps dans un rayon de plusieurs kilomètres autour du lieu de l'explosion jusqu'aux lésions à évolution lente, en passant par les cancers et les leucémies qui compromettent la vie humaine, les mutations génétiques qui menacent l'intégrité de l'espèce, la dévastation de l'environnement qui met en danger l'habitat humain, et l'atteinte à toutes les formes d'organisation qui sape les fondements même de la société humaine.

Les bombardements d'Hiroshima et de Nagasaki ont été deux incidents isolés survenus à trois jours d'intervalle. Ils nous apprennent très peu de choses sur les effets possibles d'explosions multiples qui se succéderaient probablement à un rythme rapide si une guerre nucléaire éclatait aujourd'hui (voir ci-après sect. II, par. 6). Au surplus, cinquante ans de recherches ont abouti à la mise au point de bombes dotées d'un pouvoir destructeur soixante-dix ou même sept cents fois supérieur à celui des bombes d'Hiroshima et de Nagasaki. Une seule bombe serait aujourd'hui capable de causer à ces deux villes des dévastations plusieurs fois supérieures à celles qu'elles ont subies, et qu'en serait-il d'une succession de bombes?

7. Le seuil critique atteint avec les armes nucléaires

Abstraction faite des souffrances humaines qu'elles engendrent, les armes nucléaires nous amènent, comme nous l'avons déjà souligné, à un seuil critique. Elles ont la capacité de détruire l'ensemble de la civilisation — tout ce qu'ont produit des milliers d'années d'efforts dans les contextes culturels les plus divers. Sans doute «l'évocation du triste sort de survivants affaiblis retombant dans l'abrutissement de l'âge de pierre n'est-elle pas une tâche qu'une personne douée de sensibilité entreprend volontiers», mais il faut savoir «envisager avec lucidité l'issue probable de la voie sur laquelle est engagée l'humanité»[10]. Puisque les armes nucléaires sont capables de détruire toute vie sur la planète, elles mettent en péril toutes les aspirations de l'humanité au cours de son histoire, et l'humanité elle-même.

---

[9] *Hiroshima Diary: The Journal of a Japanese Physician August 6-September 30, 1945*, par Michihiko Hachiya, M.D., traduit et édité par Warner Wells, M.D., p. 14-15.

[10] «The Medical and Ecological Effects of Nuclear War», par Don G. Bates, professeur d'histoire de la médecine, Université McGill, dans *McGill Law Journal*, 1983, vol. 28, p. 717.

An analogy may here be drawn between the law relating to the environment and the law relating to war.

At one time it was thought that the atmosphere, the seas and the land surface of the planet were vast enough to absorb any degree of pollution and yet rehabilitate themselves. The law was consequently very lax in its attitude towards pollution. However, with the realization that a limit situation would soon be reached, beyond which the environment could absorb no further pollution without danger of collapse, the law found itself compelled to reorientate its attitude towards the environment.

With the law of war, it is no different. Until the advent of nuclear war, it was thought that however massive the scale of a war, humanity could survive and reorder its affairs. With the nuclear weapon, a limit situation was reached, in that the grim prospect opened out that humanity may well fail to survive the next nuclear war, or that all civilization may be destroyed. That limit situation has compelled the law of war to reorientate its attitudes and face this new reality.

8. Possession and Use

Although it is the use of nuclear weapons, and not possession, that is the subject of this reference, many arguments have been addressed to the Court which deal with possession and which therefore are not pertinent to the issues before the Court.

For example, the Court was referred, in support of the position that nuclear weapons are a matter within the sovereign authority of each State, to the following passage in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)*:

> "'in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise, whereby the *level of armaments* of a sovereign State can be limited' (*I.C.J. Reports 1986*, p. 135)" (CR 95/23, p. 79, France; emphasis added).

This passage clearly relates to possession, not use.

Much was made also of the Nuclear Non-Proliferation Treaty, as permitting nuclear weapons to the nuclear weapons States. Here again such permission, if any, as may be inferred from that treaty relates to *possession* and not *use*, for nowhere does the NPT contemplate or deal with the use or threat of use of nuclear weapons. On questions of use or threat of use, the NPT is irrelevant.

9. Differing Attitudes of States Supporting Legality

There are some significant differences between the positions adopted by States supporting the legality of the use of nuclear weapons. Indeed, in

On peut ici faire un parallèle entre le droit de l'environnement et le droit de la guerre.

Il fut un temps où l atmosphère, les mers et la surface de la terre paraissaient suffisamment vastes pour supporter n'importe quel niveau de pollution et se régénérer en même temps. Le droit était donc très tolérant vis-à-vis de la pollution. Mais lorsqu'on s'est rendu compte qu'un seuil critique allait bientôt être atteint au-delà duquel l'environnement ne serait plus capable de supporter de pollution sans risquer la destruction, le droit s'est trouvé contraint de repenser son attitude vis-à-vis du phénomène.

Il en va de même du droit de la guerre. Jusqu'à l'avènement de l'âge nucléaire, on pensait que l'humanité pouvait survivre à toute guerre, quelle qu'en fût l'ampleur, et retrouver son équilibre. Avec l'arme nucléaire, on a atteint un seuil critique avec l'apparition de la sinistre possibilité que l'humanité ne survive pas à la prochaine guerre nucléaire et que toute civilisation ne soit détruite. Le droit de la guerre s'est alors trouvé contraint de revoir son attitude face à cette réalité nouvelle.

8. Possession et utilisation

Bien que ce soit l'utilisation et non la possession des armes nucléaires qui soit ici en cause, il a été présenté à la Cour de nombreux arguments qui ont trait à la possession et sont donc sans pertinence pour la question considérée.

Un rappel a par exemple été fait, à l'appui de la thèse selon laquelle le problème des armes nucléaires relève de l'autorité souveraine de chaque Etat, du passage ci-après de l'arrêt rendu dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* :

> «il n'existe pas en droit international de règles, autres que celles que l'Etat intéressé peut accepter, par traité ou autrement, imposant la limitation du niveau d'armement d'un Etat souverain» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 135)» (CR 95/23, p. 79, France; les italiques sont de moi).

Ce paragraphe concerne manifestement la détention, et non l'utilisation des armes en cause.

On a, de même, répété à satiété que le traité sur la non-prolifération n'interdit pas la possession des armes nucléaires aux Etats qui en sont dotés. Mais là encore, si on peut, à l'extrême rigueur, déduire de ce traité qu'il permet de *posséder* des armes nucléaires, on ne saurait l'interpréter comme autorisant l'*emploi* de ces armes puisqu'il ne s'applique en aucune manière à l'emploi ou à la menace d'emploi des armes en question. S'agissant de ce problème, le traité est dépourvu de pertinence.

9. Positions différentes adoptées par les Etats favorables à la thèse de la licéité

Il existe des différences notables dans les positions des Etats favorables à la thèse de la licéité de l'emploi des armes nucléaires. De fait, il y a, sur

relation to some very basic matters, there are divergent approaches among the nuclear States themselves.

Thus the French position is that

> "This criterion of proportionality does not itself rule out in principle the utilization, whether in response or as a matter of first use, of any particular weapon whatsoever, including a nuclear weapon, *provided that such use is intended to withstand an attack and appears to be the most appropriate means of doing so.*" (French Written Statement, p. 29, emphasis added.)

According to this view, the factors referred to could, in a given case, even outweigh the principle of proportionality. It suggests that the governing criterion determining the permissibility of the weapon is whether it is the most appropriate means of withstanding the attack. The United States position is that:

> "Whether an attack with nuclear weapons would be disproportionate depends entirely on the circumstances, including the nature of the enemy threat, the importance of destroying the objective, the character, size and likely effects of the device, and the magnitude of therisk to civilians." (United States Written Statement, p. 23.)

The United States position thus carefully takes into account such circumstances as the character, size and effects of the device and the magnitude of risk to civilians.

The position of the Russian Federation is that the "Martens Clause" (see Section III.4) is not working at all and that today the Martens Clause may formally be considered inapplicable (Written Statement, p. 13).

The United Kingdom, on the other hand, while accepting the applicability of the Martens Clause, submits that the clause does not on its own establish the illegality of nuclear weapons (United Kingdom Written Statement, p. 48, para. 3.58). The United Kingdom argues that the terms of the Martens Clause make it necessary to point to a rule of customary law outlawing the use of nuclear weapons.

These different perceptions of the scope, and indeed of the very basis of the claim of legality on the part of the nuclear powers themselves, call for careful examination in the context of the question addressed to the Court.

10. The Importance of a Clarification of the Law

The importance of a clarification of the law upon the legality of nuclear weapons cannot be overemphasized.

On 6 June 1899, Mr. Martens (presiding over the Second Subcommission of the Second Commission of the Hague Conference), after whom the Martens Clause has been named (which will be referred to at some

des aspects essentiels, des divergences de vues entre les Etats dotés d'armes nucléaires eux-mêmes.

Ainsi, la position française est la suivante:

> «Ce critère de proportionnalité ne permet pas en lui-même d'exclure par principe l'utilisation, que ce soit en riposte ou en premier emploi, de quelque arme déterminée que ce soit, et notamment de l'arme nucléaire, *dès lors que cet emploi vise à faire face à une agression et qu'il apparaît comme le moyen adéquat de faire face à celle-ci.*» (Exposé écrit de la France, p. 29; les italiques sont de moi.)

Selon cette position, les facteurs mentionnés pourraient, dans tel ou tel cas d'espèce, l'emporter même sur le principe de proportionnalité. Il semble en résulter que pour déterminer si l'emploi de l'arme est permis, il faut avant tout savoir si celui-ci constitue le moyen le plus approprié de faire face à une agression. Les Etats-Unis d'Amérique pour leur part déclarent que:

> «La question de savoir si une agression au moyen d'armes nucléaires serait disproportionnée dépend entièrement des circonstances, notamment du caractère de la menace ennemie, de l'intérêt que présente la destruction de l'objectif, de la nature, de la puissance et des effets probables de l'arme, ainsi que de l'ampleur du risque pour la population civile, etc.» (Exposé écrit des Etats-Unis, p. 23.)

Ainsi, la position des Etats-Unis prend soigneusement en considération des facteurs tels que la nature, la dimension et les effets de l'engin et l'ampleur du risque encouru par les civils.

Pour la Fédération de Russie, la «clause de Martens» (voir ci-après la section III, paragraphe 4) est inopérante et peut aujourd'hui être formellement considérée inapplicable (exposé écrit de la Fédération de Russie, p. 13).

Le Royaume-Uni, en revanche, accepte l'applicabilité de la clause de Martens mais affirme que cette clause n'établit pas, par elle-même, l'illicéité des armes nucléaires (exposé écrit du Royaume-Uni, p. 48, par. 3.58). La position du Royaume-Uni est que les termes mêmes de la clause de Martens requièrent l'identification d'une règle de droit coutumier bannissant l'emploi des armes nucléaires.

Ainsi donc, les puissances dotées d'armes nucléaires elles-mêmes conçoivent différemment, chacune en ce qui la concerne, la portée et jusqu'à la base de la thèse de la licéité et ces différences de conception doivent être soigneusement analysées dans le contexte de la question posée à la Cour.

10. La nécessité de clarifier l'état du droit

On ne saurait trop mettre l'accent sur l'importance qu'il y a à clarifier l'état du droit sur la licéité des armes nucléaires.

Le 6 juin 1899, M. de Martens, l'auteur de la clause du même nom qui sera examinée assez longuement dans la présente opinion, a fait, en sa qualité de président de la deuxième sous-commission de la deuxième

length in this opinion), made the following observations in reply to the contention that it was preferable to leave the laws of war in a vague state. He said:

> "But is this opinion quite just? Is this uncertainty advantageous to the weak? Do the weak become stronger because the *duties* of the strong are not determined? Do the strong become weaker because their *rights* are specifically defined and consequently limited? I do not think so. I am fully convinced that it is particularly in the interest of the weak that these rights and duties be defined. . . .
>
> Twice, in 1874 and 1899, two great international Conferences have gathered together the most competent and eminent men of the civilized world on the subject. They have not succeeded in determining the laws and customs of war. They have separated, leaving utter vagueness for all these questions. . . .
>
> To leave uncertainty hovering over these questions would necessarily be to allow the interests of force to triumph over those of humanity . . ."[11]

It is in this quest for clarity that the General Assembly has asked the Court to render an opinion on the use of nuclear weapons. The nations who control these weapons have opposed this application, and so have some others. It is in the interests of all nations that this matter be clarified which, for one reason or another, has not been specifically addressed for the past 50 years. It has remained unresolved and has hung over the future of humanity, like a great question mark, raising even issues so profound as the future of human life upon the planet.

The law needs to be clearly stated in the light of State rights and obligations under the new world dispensation brought about by the United Nations Charter which, for the first time in human history, outlawed war by the consensus of the community of nations. Fifty years have passed since that epoch-making document which yet lay in the distant future when Martens spoke. Those 50 years have been years of inaction, in so far as concerns the clarification of this most important of legal issues ever to face the global community.

II. Nature and Effects of Nuclear Weapons

1. The Nature of the Nuclear Weapon

The matter before the Court involves the application of humanitarian law to questions of fact, not the construction of humanitarian law as an abstract body of knowledge.

---

[11] J. B. Scott, "The Conference of 1899", *The Proceedings of the Hague Peace Conferences*, 1920, pp. 506-507; emphasis added.

commission de la conférence de La Haye, les observations suivantes en réponse à ceux qui soutenaient qu'il valait mieux maintenir le droit de la guerre dans le vague:

> «Cette opinion est-elle bien juste? Cette incertitude est-elle profitable au faible? Le faible devient-il plus fort parce que *les devoirs* du fort ne sont pas déterminés? Le fort devient-il plus faible parce que ses *droits* sont précisés et, par conséquent, limités? Je ne le pense pas. Je suis profondément convaincu que c'est surtout dans l'intérêt du faible que ces droits ainsi que ces devoirs devraient être précisés...
>
> [P]ar deux fois, en 1874 et 1899, deux grandes conférences internationales ont réuni les hommes les plus compétents et les plus éminents du monde civilisé en la matière. Ils n'ont pas réussi à déterminer les lois et coutumes de la guerre. Ils se sont séparés en laissant subsister le vague complet sur toutes ces questions...
>
> Laisser planer une incertitude sur ces questions aurait fatalement pour résultat de faire triompher les intérêts de la force, en sacrifiant ceux de l'humanité.»[11]

C'est ce même souci de clarté qui a conduit l'Assemblée générale à demander à la Cour de donner un avis sur l'emploi des armes nucléaires. Les nations qui ont le contrôle de ces armes se sont opposées à la demande de l'Assemblée et elles ont été suivies par quelques autres. Il est de l'intérêt de toutes les nations que soit éclaircie une question qui n'a, on ne sait pourquoi, jamais été posée en termes exprès au cours des cinquante dernières années et qui est donc restée sans réponse, laissant planer sur le destin de l'humanité une grande incertitude qui s'étend à des points aussi fondamentaux que l'avenir de la vie humaine sur la planète.

Le droit doit être clairement énoncé, par référence aux droits et obligations des Etats résultant du nouvel ordre mondial établi par la Charte des Nations Unies qui, pour la première fois dans l'histoire humaine, a banni la guerre par une décision unanime de la communauté des nations. Depuis l'adoption de ce document historique qui était encore dans les limbes à l'époque de la déclaration de Martens, cinquante ans ont passé, cinquante ans d'inaction s'agissant de la réponse à donner à la plus importante des questions juridiques qui se soient jamais posées à la communauté mondiale.

II. Nature et effets des armes nucléaires

1. La nature des armes nucléaires

Le problème soumis à la Cour concerne l'application du droit humanitaire à des questions de fait, et non l'interprétation du droit humanitaire en tant que discipline abstraite.

---

[11] *Conférence internationale de la paix, La Haye, 18 mai-29 juillet 1899*. Deuxième sous-commission de la deuxième commission, sixième séance, ministère des affaires étrangères, La Haye, 1899, troisième partie, p. 114-115 (les italiques sont de moi).

The Court is enquiring into the question whether the use of nuclear weapons produces factual consequences of such an inhumane nature as to clash with the basic principles of humanitarian law. Both in regard to this Advisory Opinion and in regard to that sought by the World Health Organization, a vast mass of factual material has been placed before the Court as an aid to its appreciation of the many ways in which the effects of nuclear weapons attract the application of various principles of humanitarian law. It is necessary to examine these specific facts, at least in outline, for they illustrate, more than any generalities can, the unique features of the nuclear weapon.

Moreover, the contention that nuclear war is in some way containable renders essential a detailed consideration of the unique and irreversible nature of the effects of nuclear weapons.

2. Euphemisms Concealing the Realities of Nuclear War

It would be a paradox if international law, a system intended to promote world peace and order, should have a place within it for an entity that can cause total destruction of the world system, the millennia of civilization which have produced it, and humanity itself. A factor which powerfully conceals that contradiction, even to the extent of keeping humanitarian law at bay, is the use of euphemistic language — the disembodied language of military operations and the polite language of diplomacy. They conceal the horror of nuclear war, diverting attention to intellectual concepts such as self-defence, reprisals, and proportionate damage which can have little relevance to a situation of total destruction.

Horrendous damage to civilians and neutrals is described as collateral damage, because it was not directly intended; incineration of cities becomes "considerable thermal damage". One speaks of "acceptable levels of casualties", even if megadeaths are involved. Maintaining the balance of terror is described as "nuclear preparedness"; assured destruction as "deterrence", total devastation of the environment as "environmental damage". Clinically detached from their human context, such expressions bypass the world of human suffering, out of which humanitarian law has sprung.

As observed at the commencement of this opinion, humanitarian law needs to be brought into juxtaposition with the raw realities of war if it is to respond adequately. Such language is a hindrance to this process[12].

Both ancient philosophy and modern linguistics have clearly identified the problem of the obscuring of great issues through language which con-

[12] This aspect is addressed in a volume of contemporary philosophical explorations of the problem of war, *The Critique of War*, Robert Ginsberg (ed.), 1969. See, in particular, Chap. 6, "War and the Crisis of Language", by Thomas Merton.

La Cour doit déterminer si l'emploi des armes nucléaires a, dans les faits, des conséquences si inhumaines qu'il porte atteinte aux principes de base du droit humanitaire. Tant pour le présent avis consultatif que pour celui qu'a demandé l'Organisation mondiale de la Santé, une masse considérable d'éléments de fait a été soumise à la Cour pour l'aider à recenser les nombreuses manières dont les effets des armes nucléaires mettent en jeu l'application de divers principes du droit humanitaire. Il y a lieu d'examiner ces éléments de fait, au moins dans leurs grandes lignes, car ils mettent en évidence, mieux que ne peuvent le faire des considérations générales, les caractéristiques propres aux armes nucléaires.

Qui plus est, comme d'aucuns soutiennent que la guerre nucléaire pourrait être circonscrite, une étude détaillée de la spécificité et de l'irréversibilité des effets des armes nucléaires s'impose.

2. Euphémismes masquant les réalités de la guerre nucléaire

Il serait paradoxal que le droit international, système au service de la paix et de l'ordre planétaire, accorde une place à un engin capable de réduire à néant l'agencement du monde, les millénaires de civilisation qui y ont conduit, et l'humanité elle-même. Si ce paradoxe est passé largement inaperçu, au point que le droit humanitaire n'apparaît pas dans le paysage, c'est notamment parce que l'euphémisme est la caractéristique du langage désincarné des opérations militaires et du style châtié de la diplomatie. Il masque l'horreur de la guerre nucléaire en détournant l'attention sur des notions abstraites telles que la légitime défense, les représailles et la proportionnalité du dommage, qui n'ont guère de pertinence dans un contexte de destruction totale.

Les effroyables dommages menaçant la population civile et les Etats neutres sont qualifiés de «dommages collatéraux» parce qu'ils ne sont pas directement voulus; la destruction des villes par le feu est qualifiée de «considérables dommages d'origine thermique». On parle de «niveaux acceptables de pertes humaines» même si des millions de morts sont en cause. Le maintien de l'équilibre de la terreur est dénommé «préparation nucléaire», la destruction assurée, «dissuasion», et la dévastation totale de l'environnement, «dommages à l'environnement». Techniquement détachées de leur contexte humain, de telles expressions contournent le monde de la souffrance humaine, qui est à l'origine du droit humanitaire.

Comme je l'ai souligné au début de la présente opinion, le droit humanitaire doit, pour être appliqué efficacement, être en prise avec les dures réalités de la guerre. Il ne peut le faire avec ce type de langage[12].

Les anciens philosophes comme les linguistes modernes ont bien vu qu'il était possible d'occulter les grands problèmes par le biais d'un jar-

[12] Concernant ce point, on pourra se reporter à un recueil d'essais philosophiques contemporains sur le problème de la guerre, *The Critique of War*, Robert Ginsberg (dir. publ.), 1969. Voir en particulier le chapitre 6: «War and the Crisis of Language», de Thomas Merton.

ceals their key content. Confucius, when asked how he thought order and morality could be created in the State, answered, "By correcting names." By this he meant calling each thing by its correct name[13].

Modern semantics has likewise exposed the confusion caused by words of euphemism, which conceal the true meanings of concepts[14]. The language of nuclear war, rich in these euphemisms, tends to sidetrack the real issues of extermination by the million, incineration of the populations of cities, genetic deformities, inducement of cancers, destruction of the food chain, and the imperilling of civilization. The mass extinction of human lives is treated with the detachment of entries in a ledger which can somehow be reconciled. If humanitarian law is to address its tasks with clarity, it needs to strip away these verbal dressings and come to grips with its real subject-matter. Bland and disembodied language should not be permitted to conceal the basic contradictions between the nuclear weapon and the fundamentals of international law.

3. The Effects of the Nuclear Weapon

Before 1945 "the highest explosive effect of bombs was produced by TNT devices of about 20 tons"[15]. The nuclear weapons exploded in Hiroshima and Nagasaki were more or less of the explosive power of 15 and 12 kilotons respectively, that is, 15,000 and 12,000 tons of TNT (trinitrotoluene) respectively. Many of the weapons existing today and in process of being tested represent several multiples of the explosive power of these bombs. Bombs in the megaton (equivalent to a million tons of TNT) and multiple megaton range are in the world's nuclear arsenals, some being even in excess of 20 megatons (equivalent to 20 million tons of TNT). A one-megaton bomb, representing the explosive power of a million tons of TNT, would be around 70 times the explosive power of the bombs used on Japan, and a 20-megaton bomb well over a thousand times that explosive power.

Since the mind is numbed by such abstract figures and cannot comprehend them, they have been graphically concretized in various ways. One of them is to picture the quantity of TNT represented by a single one-megaton bomb, in terms of its transport by rail. It has been estimated that this would require a train 200 miles long[16]. When one is carrying death and destruction to an enemy in war through the use of a single one-megaton bomb, it assists the comprehension of this phenomenon to think

---

[13] Cited in Robert S. Hartman, "The Revolution against War", in *The Critique of War*, p. 324.

[14] "They serve to build these figments of hell into the system of power politics, and to dim the minds of the nuclear citizens." (*Ibid.*, p. 325.)

[15] N. Singh and E. McWhinney, *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*, 1989, p. 29.

[16] Bates, *op. cit.*, p. 719.

gon qui en masque la substance. Confucius à qui l'on demandait comment faire régner l'ordre et la moralité dans l'Etat répondit: «En utilisant les termes voulus», c'est-à-dire en appelant chaque chose par son nom[13].

La sémantique moderne a, elle aussi, dénoncé les confusions engendrées par le recours à des euphémismes qui dissimulent le véritable sens des mots[14]. Le langage de la guerre nucléaire, riche en euphémismes, tend à éluder les vrais problèmes (extermination des individus par millions, carbonisation des populations urbaines, malformations génétiques, effets cancérigènes, destruction de la chaîne alimentaire et mise en péril de la civilisation). Les pertes massives en vies humaines sont comptabilisées avec le même détachement que les éléments d'un bilan qui peut toujours être équilibré. Le droit humanitaire ne peut s'acquitter lucidement de sa tâche que s'il se débarrasse de ce camouflage verbal et s'attaque aux réalités qui constituent son véritable objet. Il ne faut pas laisser un langage édulcoré et désincarné masquer l'incompatibilité radicale de l'arme nucléaire avec les fondements du droit international.

3. Les effets de l'arme nucléaire

Avant 1945, les bombes les plus puissantes étaient des engins dotés d'une charge d'environ 20 tonnes de TNT (trinitrotoluène)[15]. Les armes nucléaires employées à Hiroshima et à Nagasaki avaient une puissance explosive d'à peu près 15 et 12 kilotonnes respectivement — soit 15 000 et 12 000 tonnes de TNT. Bien des armes existantes ou en cours d'expérimentation ont une puissance de dizaines ou de centaines de fois supérieure à ces bombes. Des bombes de l'ordre d'une mégatonne (l'équivalent de un million de tonnes de TNT) ou de plusieurs mégatonnes sont stockées dans les arsenaux nucléaires mondiaux; certaines ont une puissance supérieure à 20 mégatonnes (l'équivalent de 20 millions de tonnes de TNT). Une bombe d'une mégatonne dotée d'une puissance correspondant à un million de tonnes de TNT exploserait avec une puissance quelque soixante-dix fois supérieure à celle des bombes utilisées contre le Japon et une bombe de 20 mégatonnes le ferait avec une puissance plus de mille fois supérieure.

Ces chiffres abstraits ne parlent pas à l'esprit et pour faire comprendre ce qu'ils recouvrent on a eu recours à des images concrètes. Par exemple, il faudrait, pour transporter par chemin de fer la quantité de TNT à laquelle correspond une bombe d'une mégatonne, un train de 350 kilomètres de long[16]. On se représente mieux ce que signifie semer la mort et la destruction sur le territoire d'un ennemi au moyen d'une seule bombe d'une mégatonne si l'on évoque l'image d'un train de 350 kilomètres de

[13] Cité dans Robert S. Hartman, «The Revolution against War», dans *The Critique of War*, p. 324.

[14] «Ils servent à intégrer ces inventions infernales dans le cadre de la politique de puissance et à semer la confusion dans l'esprit des citoyens de l'âge nucléaire.» (*Ibid.*, p. 325.)

[15] N. Singh et E. McWhinney, *Nuclear Weapons and Contemporary International War*, 1989, p. 29.

[16] Bates, *op. cit*, p. 719.

in terms of a 200-mile train loaded with TNT being driven into enemy territory, to be exploded there. It cannot be said that international law would consider this legal. Nor does it make any difference if the train is not 200 miles long, but 100 miles, 50 miles, 10 miles, or only 1 mile. Nor, again, could it matter if the train is 1,000 miles long, as would be the case with a 5-megaton bomb, or 4,000 miles long, as would be the case with a 20-megaton bomb.

Such is the power of the weapon upon which the Court is deliberating — power which dwarfs all historical precedents, even if they are considered cumulatively. A 5-megaton weapon would represent more explosive power than all of the bombs used in World War II and a 20-megaton bomb "more than all of the explosives used in all of the wars in the history of mankind"[17].

The weapons used at Hiroshima and Nagasaki are "small" weapons compared with those available today and, as observed earlier, a one-megaton bomb would represent around 70 Hiroshimas and a 15-megaton bomb around 1,000 Hiroshimas. Yet the unprecedented magnitude of its destructive power is only one of the unique features of the bomb. It is unique in its uncontainability in both space and time. It is unique as a source of peril to the human future. It is unique as a source of continuing danger to human health, even long after its use. Its infringement of humanitarian law goes beyond its being a weapon of mass destruction[18]; to reasons which penetrate far deeper into the core of humanitarian law.

Atomic weapons have certain special characteristics distinguishing them from conventional weapons, which were summarized by the United States Atomic Energy Commission in terms that:

> "it differs from other bombs in three important respects: *first*, the amount of energy released by an atomic bomb is a thousand or more times as great as that produced by the most powerful TNT bombs; *secondly*, the explosion of the bomb is accompanied by highly penetrating and deleterious invisible rays, in addition to intense heat and light; and, *thirdly*, the substances which remain after the explosion are radio-active, emitting radiations capable of producing harmful consequences in living organisms"[19].

---

[17] Bates, *op. cit.*, p. 719.

[18] The Final Document of the First Special Session of the United Nations General Assembly devoted to Disarmament (1978) unanimously categorized nuclear weapons as weapons of mass destruction, a conclusion which was adopted by consensus (CR 95/25, p. 17).

[19] *Effects of Atomic Weapons*, prepared by the United States Atomic Energy Commission in co-operation the Department of Defense, 1950, cited in Singh and McWhinney, *op. cit.*, p. 30.

long chargé de TNT, acheminé en territoire étranger pour y exploser. On ne saurait soutenir que cela est admissible en droit international. Et peu importe que le train ait, non pas 350, mais 150, 100, 20 ou 2 kilomètres de long, ou qu'il ait 1750 ou 7000 kilomètres de long, ces derniers chiffres correspondant respectivement à des bombes de 5 et 20 mégatonnes.

Voilà de quelle puissance est dotée l'arme qui retient l'attention de la Cour — une puissance par rapport à laquelle tout ce qui précède, même pris cumulativement, est dérisoire. La puissance d'une bombe de 5 mégatonnes dépasse celle de l'ensemble des bombes utilisées au cours de la seconde guerre mondiale et la puissance d'une bombe de 20 mégatonnes est «supérieure à celle que représente la totalité des explosifs utilisés durant les guerres qui ont émaillé le cours de l'histoire de l'humanité»[17].

Les armes utilisées à Hiroshima et à Nagasaki sont des «petites» bombes par rapport à celles disponibles aujourd'hui et, comme je l'ai déjà dit, une bombe d'une mégatonne équivaut à quelque soixante-dix bombes d'Hiroshima et une bombe de 15 mégatonnes à presque mille bombes d'Hiroshima. Pourtant, la puissance destructrice sans précédent de l'arme considérée n'est pas son seul trait distinctif. Elle possède aussi en propre la caractéristique d'avoir des effets impossibles à contenir à la fois dans le temps et dans l'espace. Elle est sans équivalent par la menace qu'elle fait peser sur l'avenir de l'humanité. Elle l'est aussi par le danger persistant qu'elle fait courir à la santé longtemps après son utilisation. Si son emploi viole le droit humanitaire, ce n'est pas simplement parce qu'elle est une arme de destruction massive[18] mais pour des raisons qui relèvent de l'essence même du droit humanitaire.

Les armes atomiques possèdent certaines caractéristiques qui les distinguent des armes classiques et que la commission de l'énergie atomique des Etats-Unis d'Amérique a résumées en ces termes:

> «[l'arme atomique] diffère des autres bombes principalement à trois égards: son explosion 1) dégage une quantité d'énergie au moins mille fois supérieure à celle que produisent les bombes au TNT les plus puissantes; 2) s'accompagne de l'émission de rayonnements invisibles à la fois pénétrants et délétères et dégage en outre une chaleur et une lumière intenses; et 3) laisse subsister des substances radioactives qui émettent des rayonnements potentiellement nuisibles pour les organismes vivants»[19].

[17] Bates, *op. cit.*, p. 719.

[18] L'Assemblée générale des Nations Unies, dans le document final de sa dixième session extraordinaire, la première consacrée au désarmement (1978), a été unanime à classer les armes nucléaires dans la catégorie des armes de destruction massive, conclusion qui a été adoptée par consensus (CR 95/25, p. 17).

[19] *Effects of Atomic Weapons*, établi par la commission de l'énergie atomique des Etats-Unis en coopération avec le département de la défense, 1950, cité dans Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 30.

The following more detailed analysis is based on materials presented to the Court, which have not been contradicted at the hearings, even by the States contending that the use of nuclear weapons is not illegal. They constitute the essential factual foundation on which the legal arguments rest, and without which the legal argument is in danger of being reduced to mere academic disputation.

(a) *Damage to the environment and the ecosystem*[20]

The extent of damage to the environment, which no other weapon is capable of causing, has been summarized in 1987 by the World Commission on the Environment and Development in the following terms:

> "The likely consequences of nuclear war make other threats to the environment pale into insignificance. Nuclear weapons represent a qualitatively new step in the development of warfare. One thermonuclear bomb can have an explosive power greater than all the explosives used in wars since the invention of gunpowder. In addition to the destructive effects of blast and heat, immensely magnified by these weapons, they introduce a new lethal agent — ionising radiation — that extends lethal effects over both space and time."[21]

Nuclear weapons have the potential to destroy the entire ecosystem of the planet. Those already in the world's arsenals have the potential of destroying life on the planet several times over.

Another special feature of the nuclear weapon, referred to at the hearings, is the damage caused by ionizing radiation to coniferous forests, crops, the food chain, livestock and the marine ecosystem.

(b) *Damage to future generations*

The effects upon the ecosystem extend, for practical purposes, beyond the limits of all foreseeable historical time. The half-life of one of the by-products of a nuclear explosion — plutonium 239 — is over 20,000 years. With a major nuclear exchange it would require several of these "half-life" periods before the residuary radioactivity becomes minimal. Half-life is "the period in which the rate of radioactive emission by a pure

[20] On environmental law, see further Section III.10 *(f)* below.

[21] World Commission on Environment and Development ("the Brundtland Commission"), *Our Common Future*, 1987, p. 295, cited in CR 95/22, p. 55.

L'analyse plus détaillée qui figure ci-après est basée sur des éléments d'information présentés à la Cour, qui n'ont pas été contestés lors des audiences même par les Etats qui soutiennent que l'emploi des armes nucléaires n'est pas illicite. Ces éléments fournissent la base factuelle sur laquelle l'échange d'arguments juridiques doit nécessairement reposer si l'on ne veut pas qu'il se réduise à un simple débat d'idées.

a) *Dommages à l'environnement et à l'écosystème*[20]

L'arme nucléaire est sans équivalent pour ce qui est de l'ampleur des dommages qu'elle peut causer à l'environnement, ainsi que la Commission mondiale de l'environnement et du développement l'a souligné en 1987 dans les termes suivants:

> «Par rapport aux conséquences probables de la guerre atomique, il n'est pas de menace à l'environnement qui ne paraisse insignifiante. Les armes nucléaires marquent un tournant qualitatif dans l'histoire de l'art de la guerre. Une seule bombe thermonucléaire peut avoir une puissance explosive supérieure à celle de tous les explosifs utilisés au combat depuis l'invention de la poudre. Outre qu'elles multiplient à l'infini les effets destructeurs du souffle et de la chaleur, ces armes font intervenir un nouvel agent létal — le rayonnement ionisant — dont l'effet létal se prolonge aussi bien dans le temps que dans l'espace.»[21]

Les armes nucléaires ont la capacité de détruire l'ensemble de l'écosystème de la planète. Celles qui sont stockées à l'heure actuelle dans les arsenaux mondiaux ont plusieurs fois la puissance nécessaire pour anéantir toute vie à la surface de la Terre.

L'arme nucléaire possède en propre une autre caractéristique, évoquée au cours des audiences, qui est d'exposer aux rayonnements ionisants les forêts de conifères, les récoltes, la chaîne alimentaire, le bétail et l'écosystème marin.

b) *Dommages aux générations futures*

Les effets des armes nucléaires sur l'écosystème se prolongent en pratique au-delà de toute limite temporelle concevable. La «période» de l'un des sous-produits d'une explosion nucléaire — le plutonium 239 — est de plus de vingt mille ans. Après un échange nucléaire majeur, la radioactivité résiduelle ne redescendrait à un niveau minimal qu'au bout de plusieurs «périodes». La période est «le temps nécessaire pour que la

[20] A propos du droit de l'environnement, voir ci-après la section III, paragraphe 10, alinéa *f)*.

[21] Commission mondiale sur l'environnement et le développement («la commission Brundtland»), *Notre avenir à tous*, 1987, p. 362-363, cité dans CR 95/22, p. 55.

sample falls by a factor of two. Among known radioactive isotopes, half-lives range from about 10^{-7} seconds to 10^{16} years"[22].

The following table gives the half-lives of the principal radioactive elements that result from a nuclear test:

Nucleid	*Half-life*
Cesium 137	30.2 years
Strontium 90	28.6 years
Plutonium 239	24,100 years
Plutonium 240	6,570 years
Plutonium 241	14.4 years
Americium 241	432 years[23]

Theoretically, this could run to tens of thousands of years. At any level of discourse, it would be safe to pronounce that no one generation is entitled, for whatever purpose, to inflict such damage on succeeding generations.

This Court, as the principal judicial organ of the United Nations, empowered to state and apply international law with an authority matched by no other tribunal must, in its jurisprudence, pay due recognition to the rights of future generations. If there is any tribunal that can recognize and protect their interests under the law, it is this Court.

It is to be noted in this context that the rights of future generations have passed the stage when they were merely an embryonic right struggling for recognition. They have woven themselves into international law through major treaties, through juristic opinion and through general principles of law recognized by civilized nations.

Among treaties may be mentioned, the 1979 London Ocean Dumping Convention, the 1973 Convention on International Trade in Endangered Species, and the 1972 Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage. All of these expressly incorporate the principle of protecting the natural environment for future generations, and elevate the concept to the level of binding State obligation.

Juristic opinion is now abundant, with several major treatises appearing upon the subject and with such concepts as intergenerational equity and the common heritage of mankind being academically well established[24]. Moreover, there is a growing awareness of the ways in which a multiplicity of traditional legal systems across the globe protect the environment for future generations. To these must be added a series of major

[22] *Encyclopaedia Britannica Micropaedia*, 1992 ed., Vol. 9, p. 893.
[23] Source: *Radioecology*, Holm ed., 1995, World Scientific Publishing Co.
[24] For further references, see Edith Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, 1989.

radioactivité émise par un élément pur diminue de moitié. La période des isotopes radioactifs connus varie entre 10^{-7} secondes et 10^{16} années»[22].

Le tableau ci-dessous indique la période des principaux éléments radioactifs apparaissant à la suite d'une explosion nucléaire:

Nucléide	*Période*
Césium 137	30,2 ans
Strontium 90	28,6 ans
Plutonium 239	24 100 ans
Plutonium 240	6570 ans
Plutonium 241	14,4 ans
Américium 241	432 ans[23]

Théoriquement, l'ordre de grandeur pourrait être de dizaines de milliers d'années. Dans quelque perspective qu'on se place, on peut dire sans risque de se tromper qu'aucune génération n'est en droit, pour quelque motif que ce soit, d'infliger pareils dommages aux générations futures.

La Cour internationale de Justice, en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies, habilitée plus qu'aucun autre tribunal à dire et à appliquer le droit international avec l'autorité qui est la sienne, doit, dans sa jurisprudence, reconnaître dûment les droits des générations futures. S'il est un tribunal qui peut reconnaître et protéger leurs intérêts en droit, c'est bien la Cour.

Il est à noter, dans ce contexte, que la notion de droits des générations futures n'est plus une notion embryonnaire cherchant à acquérir une reconnaissance juridique. Elle s'est intégrée au droit international par le biais d'importants traités, de l'*opinio juris* et des principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées.

Parmi les traités, on peut mentionner la convention de Londres de 1979 sur les déversements en mer, la convention de 1973 sur le commerce international des espèces menacées d'extinction et la convention de 1972 concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel. Tous ces instruments énoncent expressément le principe de protection du milieu naturel dans l'intérêt des générations futures, élevé au rang d'obligation contraignante pour les Etats.

L'*opinio juris* est maintenant abondante puisque plusieurs ouvrages importants ont été consacrés à la question et que des notions comme celles de l'équité intergénérations et du patrimoine commun de l'humanité sont aujourd'hui bien établies[24]. Nul n'ignore de surcroît l'attention que prête une multitude de systèmes juridiques traditionnels partout dans le monde à la protection de l'environnement dans l'intérêt des générations

[22] *Encyclopaedia Britannica Micropaedia*, édition de 1992, vol. 9, p. 893.
[23] Source: *Radioecology*, Holm (dir. publ.), 1995, World Scientific Publishing Co.
[24] Pour plus de détails, voir Edith Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, 1989.

international declarations commencing with the 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment.

When incontrovertible scientific evidence speaks of pollution of the environment on a scale that spans hundreds of generations, this Court would fail in its trust if it did not take serious note of the ways in which the distant future is protected by present law. The ideals of the United Nations Charter do not limit themselves to the present, for they look forward to the promotion of social progress and better standards of life, and they fix their vision, not only on the present, but on "succeeding generations". This one factor of impairment of the environment over such a seemingly infinite time span would by itself be sufficient to call into operation the protective principles of international law which the Court, as the pre-eminent authority empowered to state them, must necessarily apply.

(c) *Damage to civilian populations*

This needs no elaboration, for nuclear weapons surpass all other weapons of mass destruction in this respect. In the words of a well-known study of the development of international law:

> "A characteristic of the weapons of mass destruction — the ABC weapons — is that their destructive effect cannot be limited in space and time to military objectives. Consequently their use would imply the extinction of unforeseeable and indeterminable masses of the civilian population. This means also that their actual employment would be — even in the absence of explicit treaty provisions — contrary to international law, but it is also true that the problem of the weapons of mass destruction has grown out of the sphere of humanitarian law taken in the narrow sense and has become one of the fundamental issues of the peaceful coexistence of States with different social systems."[25]

(d) *The nuclear winter*

One of the possible after-effects of an exchange of nuclear weapons is the nuclear winter, a condition caused by the accumulation of hundreds of millions of tons of soot in the atmosphere, in consequence of fires in cities, in forests and the countryside, caused by nuclear weapons. The smoke cloud and the debris from multiple explosions blots out sunlight, resulting in crop failures throughout the world and global starvation. Starting with the paper by Turco, Toon, Ackerman, Pollack and Sagan (known as the TTAPS study after the names of its authors) on "Nuclear

[25] Géza Herczegh, *Development of International Humanitarian Law*, 1984, p. 93. "ABC weapons" refer to atomic, biological and chemical weapons.

futures. Enfin, une série d'importantes déclarations internationales ont été adoptées, à commencer par la déclaration de Stockholm de 1972 sur l'environnement.

Lorsque des données scientifiques indiscutables mettent en évidence la perspective d'une pollution de l'environnement s'étendant sur des centaines de générations, la Cour manquerait à son devoir si elle n'était pas très attentive aux moyens de sauvegarder l'avenir par l'application du droit actuel. Les idéaux de la Charte des Nations Unies ne sont pas limités au temps présent, ils s'inscrivent dans le cadre d'une perspective dynamique de progrès social et d'amélioration des conditions de vie et ils doivent bénéficier non seulement à la génération actuelle mais aussi aux «générations futures». La perspective d'une dégradation de l'environnement se prolongeant pour ainsi dire à l'infini suffirait, à elle seule, à justifier la mise en œuvre des principes conservatoires du droit international que la Cour est suprêmement habilitée à énoncer et qu'elle doit nécessairement appliquer.

c) *Dommages aux populations civiles*

Il va sans dire, sur ce point particulier, que les armes nucléaires l'emportent sur toutes les autres armes de destruction massive. Pour citer une étude bien connue sur le développement du droit international:

> «Les armes de destruction massive — les armes ABC — ont ceci de particulier qu'il est impossible d'en limiter l'effet destructeur, dans l'espace et dans le temps, aux objectifs militaires. En conséquence, leur emploi ferait un nombre inimaginable et incalculable de victimes dans la population civile et serait au demeurant — même en l'absence de dispositions conventionnelles expresses — contraire au droit international. Cela dit, la question des armes de destruction massive dépasse aujourd'hui le cadre du droit humanitaire au sens étroit et est devenue l'un des aspects essentiels de la coexistence pacifique des Etats dotés de systèmes sociaux différents.»[25]

d) *L'hiver nucléaire*

Un échange de tirs nucléaires pourrait conduire à l'hiver nucléaire, phénomène causé par l'accumulation dans l'atmosphère, à la suite des incendies provoqués par les armes en question dans les villes, les forêts et les campagnes, de centaines de millions de tonnes de particules de suie. Le nuage de fumée et les débris projetés en l'air par des explosions multiples feraient écran à la lumière solaire, anéantissant les récoltes dans le monde entier et conduisant à la famine généralisée. Depuis l'article collectif de Turco, Toon, Ackerman, Pollack et Sagan sur l'hiver nucléaire et

[25] Géza Herczegh, *Development of International Humanitarian Law*, 1984, p. 93. Les armes «ABC» s'entendent des armes atomiques, biologiques et chimiques.

Winter: Global Consequences of Multiple Nuclear Explosions"[26], an enormous volume of detailed scientific work has been done on the effect of the dust and smoke clouds generated in nuclear war. The TTAPS study showed that smoke clouds in one hemisphere could within weeks move into the other hemisphere[27]. TTAPS and other studies show that a small temperature drop of a few degrees during the ripening season, caused by the nuclear winter, can result in extensive crop failure even on a hemispherical scale. Such consequences are therefore ominous for non-combatant countries also.

"There is now a consensus that the climatic effects of a nuclear winter and the resulting lack of food aggravated by the destroyed

---

[26] *Science*, 23 December 1983, Vol. 222, p. 1283.

[27] The movement of a cloud of dust particles from one hemisphere to another, with the resultant effects resembling those of a nuclear winter, are not futuristic scenarios unrelated to past experience. In 1815, the eruption of the Indonesian volcano, Tambora, injected dust and smoke into the atmosphere on a scale so great as to result in worldwide crop failure and darkness in 1816. The *Scientific American*, March 1984, p. 58, reproduced a poem, "Darkness", written by Lord Byron, thought to have been inspired by this year without a summer. At a hearing of the United States Senate on the effects of nuclear war, in December 1983, the Russian physicist, Kapitza, drew attention to this poem, in the context of the effects of nuclear war, referring to it as one well known to Russians through its translation by the novelist Ivan Turgenev. Here are some extracts, capturing with poetic vision the human despair and the environmental desolation of the post-nuclear scene:

"A fearful hope was all the world contain'd;
Forests were set on fire — but hour by hour
They fell and faded — and the crackling trunks
Extinguish'd with a crash — and all was black.
The brows of men by the despairing light
Wore an unearthly aspect, as by fits
The flashes fell upon them; some lay down
And hid their eyes and wept; . . .

. . . The world was void,
The populous and the powerful was a lump,
Seasonless, herbless, treeless, manless, lifeless —
A lump of death — a chaos of hard clay.
The rivers, lakes, and ocean all stood still,
And nothing stirr'd within their silent depths;
Ships sailorless lay rotting on the sea . . .".

les conséquences mondiales d'explosions nucléaires multiples (dénommée «Etude TTAPS», sigle établi à partir des initiales de ses auteurs)[26], un énorme travail a été consacré à l'analyse scientifique détaillée des effets des nuages de poussière et de fumée que créerait une guerre nucléaire. L'étude TTAPS a démontré que des nuages de fumée générés dans un hémisphère pourraient, en l'espace de quelques semaines, se propager à l'autre hémisphère[27]. Cette étude, parmi d'autres, montre qu'une chute de température de quelques degrés survenant à la suite de l'hiver nucléaire à la saison où mûrissent les récoltes peut leur être très largement fatale sur une superficie aussi vaste que celle d'un hémisphère. De tels phénomènes font donc peser une menace même sur les pays non belligérants:

> «Il est maintenant universellement admis que les effets climatiques d'un hiver nucléaire et leurs séquelles sous forme de pénurie alimen-

[26] *Science*, 23 décembre 1983, vol. 222, p. 1283.

[27] La propagation, d'un hémisphère à l'autre, d'un nuage de particules de poussière, s'accompagnant de conséquences analogues à celles de l'hiver nucléaire n'est pas une vue futuriste sans rapport avec la réalité vécue. En 1815, l'éruption du volcan indonésien Tambora a projeté dans l'atmosphère une telle quantité de poussière et de fumée que l'année 1816 a été dans le monde entier une année de récoltes catastrophiques et d'obscurité. Le numéro de mars 1984 de la revue *Scientific American* reproduit à la page 58 un poème de lord Byron intitulé «Darkness» [«Les Ténèbres»] qui semblerait avoir été inspiré par cette année sans été. Au cours d'une audition consacrée en décembre 1983 par le Sénat des Etats-Unis d'Amérique aux effets de la guerre nucléaire, le physicien russe Kapitza a, dans ce contexte, appelé l'attention sur le poème en question qui, a-t-il dit, est bien connu des Russes grâce à la traduction qu'en a faite le romancier Ivan Tourgueniev. En voici quelques extraits qui expriment, avec la puissance évocatrice de la poésie, le désespoir des hommes et la désolation de l'environnement à l'ère postnucléaire:

> «Ô terreur sans pareille! en cette horreur profonde
> Une seule espérance anime encore le monde.
> Dans les vastes forêts les flammes s'allumaient
> Mais hélas! d'heure en heure elles se consumaient
> Les troncs, en pétillant, se réduisaient en cendre;
> Et dans l'obscurité tout allait redescendre.
> Leurs mourantes lueurs sur le front des humains
> Sur ces fronts sillonnés par le sceau des destins,
> Jetaient en s'éteignant une clarté dernière
> Epouvantable adieu que leur dit la lumière!
> Les uns se prosternaient, et répandaient des pleurs...
>
> ... Le monde ne fut plus qu'un vide épouvantable.
> Dans ses gouffres profonds, cet abîme effroyable
> Renfermait, calcinés, tous les débris épars
> Des cités, des jardins, des monuments, des arts:
> Chaos inanimé, sans saisons, sans verdure
> De tout ce qui vécut immense sépulture.
> Les rivières, les lacs et l'Océan bourbeux
> Ne portaient qu'une eau morte en leurs flancs caverneux;
> Abandonnés des mains qui les rendaient agiles
> Les vaisseaux sur la mer pourrissaient immobiles...»

[Traduction par un contemporain de l'auteur, figurant dans les collections de la Bibliothèque nationale de France sous la signature *P...y.*]

> infrastructure could have a greater overall impact on the global population than the immediate effects of the nuclear explosions. The evidence is growing that in a post-war nuclear world Homo Sapiens will not have an ecological niche to which he could flee. It is apparent that life everywhere on this planet would be threatened."[28]

(e) *Loss of life*

The WHO estimate of the number of dead in the event of the use of a single bomb, a limited war and a total war varies from one million to one billion, with, in addition, a similar number of injured in each case.

Deaths resulting from the only two uses of nuclear weapons in war — Hiroshima and Nagasaki — were 140,000 and 74,000 respectively, according to the representative of Japan, out of total populations of 350,000 and 240,000 respectively. Had these same bombs been exploded in cities with densely packed populations of millions, such as Tokyo, New York, Paris, London or Moscow, the loss of life would have been incalculably more.

An interesting statistic given to the Court by the Mayor of Nagasaki is that the bombing of Dresden by 773 British aircraft followed by a shower of 650,000 incendiary bombs by 450 American aircraft caused 135,000 deaths — a similar result to a single nuclear bomb on Hiroshima — a "small" bomb by today's standards.

(f) *Medical effects of radiation*

Nuclear weapons produce instantaneous radiation, in addition to which there is also radioactive fallout.

> "It is well established that residual nuclear radiation is a feature of the fission or Atomic bomb as much as the thermo-nuclear weapon known as the 'fusion bomb' or H-bomb."[29]

Over and above the immediate effects just set out, there are longer term effects caused by ionizing radiation acting on human beings and on

---

[28] Wilfrid Bach, "Climatic Consequences of Nuclear War", in Proceedings of the Sixth World Congress of the International Physicians for the Prevention of Nuclear War (IPPNW), Cologne, 1986, published as *Maintain Life on Earth!*, 1987, p. 154.

[29] Singh and McWhinney, *op. cit.*, p. 123.

taire aggravée par la destruction de l'infrastructure pourraient avoir sur la population de la planète un impact global plus important que les effets immédiats des explosions nucléaires. On a de plus en plus de preuves que, dans l'après-guerre nucléaire, l'*homo sapiens* n'aura aucun asile écologique où se réfugier. Il apparaît que la vie serait menacée partout sur la planète.»[28]

e) *Pertes en vies humaines*

D'après des estimations de l'Organisation mondiale de la Santé, le nombre des morts varierait entre un million et un milliard, selon le cas envisagé (bombe unique, guerre limitée ou guerre totale) et le nombre des blessés s'établirait au même niveau dans chacun de ces cas.

A Hiroshima et à Nagasaki — les deux seules fois où une bombe nucléaire a été utilisée dans un contexte de conflit armé — il y a eu, selon le représentant du Japon, 140 000 et 74 000 morts, respectivement, le nombre total d'habitants s'élevant dans le premier cas à 350 000 et dans le second à 240 000. Si les mêmes bombes avaient été larguées sur des villes à forte densité de population comptant des millions d'habitants, comme Tokyo, New York, Paris, Londres ou Moscou, elles auraient fait un nombre incommensurablement plus élevé de victimes.

Une intéressante comparaison statistique a été présentée à la Cour par le maire de Nagasaki qui a indiqué que le bombardement de Dresde par 773 appareils britanniques, suivi d'une avalanche de 650 000 bombes incendiaires larguées par 450 avions américains, avaient fait 135 000 morts — à peu près autant que l'unique bombe nucléaire lancée sur Hiroshima — une bombe de dimension modeste par rapport à celles d'aujourd'hui.

f) *Effets des rayonnements sur la santé*

L'explosion d'un engin nucléaire s'accompagne de rayonnements instantanés, et de retombées radioactives.

> «Il est bien établi que la réaction de fission qu'utilise la bombe A provoque des rayonnements nucléaires résiduels au même titre que la réaction de fusion utilisée par la bombe thermonucléaire ou bombe H.»[29]

A ces effets immédiats s'ajoutent des effets à long terme causés par l'action des rayonnements ionisants sur l'être humain et l'environnement.

[28] Wilfrid Bach, «Climatic Consequences of Nuclear War», actes du sixième congrès mondial de l'Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire (IPPNW), Cologne, 1986, publiés sous le titre *Maintain Life on Earth!* 1987, p. 154.

[29] Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 123.

the environment. Such ionization causes cell damage and the changes that occur may destroy the cell or diminish its capacity to function[30].

After a nuclear attack the victim population suffers from heat, blast and radiation, and separate studies of the effects of radiation are complicated by injuries from blast and heat. Chernobyl has however given an opportunity for study of the effects of radiation alone, for:

> "Chernobyl represents the largest experience in recorded time of the effects of whole body radiation on human subjects, uncomplicated by blast and/or burn."[31]

Apart from the long-term effects such as keloids and cancers, these effects include in the short-term anorexia, diarrhoea, cessation of production of new blood cells, haemorrhage, bone marrow damage, damage to the central nervous system, convulsions, vascular damage, and cardiovascular collapse[32].

Chernobyl, involving radiation damage alone, in a comparatively lightly populated area, strained the medical resources of a powerful nation and necessitated the pouring in of medical personnel, supplies and equipment from across the Soviet Union — 5,000 trucks, 800 buses, 240 ambulances, helicopters and special trains[33]. Yet the Chernobyl explosion was thought to be approximately that of a half-kiloton bomb[34] — about one twenty-fifth of the comparatively "small" Hiroshima bomb, which was only one seventieth the size of a one-megaton bomb. As observed already, the nuclear arsenals contain multi-megaton bombs today.

The effects of radiation are not only agonizing, but are spread out over an entire lifetime. Deaths after a long life of suffering have occurred in Hiroshima and Nagasaki, decades after the nuclear weapon hit those cities. The Mayor of Hiroshima has given the Court some glimpses of the lingering agonies of the survivors — all of which is amply documented in a vast literature that has grown up around the subject. Indonesia made reference to Antonio Cassese's *Violence and Law in the Modern Age* (1988), which draws attention to the fact that "the quality of human suf-

[30] Herbert Abrams, "Chernobyl and the Short-Term Medical Effects of Nuclear War", in Proceedings of the IPPNW Congress, *op. cit.*, p. 122.
[31] *Ibid.*, p. 120.
[32] *Ibid.*, pp. 122-125.
[33] *Ibid.*, p. 121.
[34] *Ibid.*, p. 127.

Les rayonnements ionisants ont sur les cellules des conséquences qui peuvent aboutir à leur destruction ou diminuer leur capacité de fonctionnement[30].

La population victime d'une attaque nucléaire est exposée à un triple danger — du fait de l'effet thermique, du souffle et des rayonnements — et il est difficile d'isoler les conséquences des rayonnements de celles du souffle et de l'effet thermique. Tchernobyl a toutefois permis d'étudier isolément les conséquences des rayonnements:

> «Tchernobyl est le plus vaste champ d'expérience dont la science ait jamais disposé pour étudier les effets de l'irradiation totale d'êtres humains, sans que sa tâche se trouve compliquée par des blessures imputables au souffle et/ou aux brûlures.»[31]

Ces effets peuvent être à long terme (cancers, chéloïdes) ou à court terme (anorexie, diarrhée, interruption de la production de cellules sanguines, hémorragie, lésions de moelle osseuse, lésions du système nerveux central, convulsions, troubles vasculaires et collapsus cardio-vasculaire)[32].

Tchernobyl, qui n'a provoqué que des dommages consécutifs à l'irradiation et ce dans une zone relativement peu peuplée, a exigé la mobilisation de toutes les ressources médicales dont disposait une nation puissante et a obligé à faire venir massivement de tous les coins de l'Union soviétique du personnel, des fournitures et des équipements médicaux — cinq mille camions, huit cents autobus, deux cent quarante ambulances, hélicoptères et trains spéciaux[33]. Or, l'explosion de Tchernobyl correspondait approximativement à celle d'une bombe d'une puissance d'une demi-kilotonne[34] équivalant à un vingt-cinquième de la puissance de la bombe relativement modeste d'Hiroshima, qui ne représentait elle-même que un soixante-dixième de la puissance d'une bombe d'une mégatonne. Comme il a été indiqué précédemment, des bombes de plusieurs dizaines de mégatonnes sont aujourd'hui stockées dans les arsenaux nucléaires.

L'irradiation provoque des souffrances qui ne sont pas seulement atroces mais peuvent durer toute une vie. Des personnes sont décédées à Hiroshima et à Nagasaki à l'issue d'un martyr qui a duré des dizaines d'années après que la bombe nucléaire eut été larguée sur ces deux villes. Le maire d'Hiroshima a décrit à la Cour la lente agonie des survivants — dont il a été largement rendu compte dans les nombreuses publications parues sur cette question. L'Indonésie a cité l'ouvrage d'Antonio Cassese, *Violence and Law in the Modern Age* (1988), qui appelle l'attention

[30] Herbert Abrams, «Chernobyl and the Short-Term Medical Effects of Nuclear War», actes du congrès de l'IPPNW, *op. cit.*, p. 122.
[31] *Ibid.*, p. 120.
[32] *Ibid.*, p. 122-125.
[33] *Ibid.*, p. 121.
[34] *Ibid.*, p. 127.

fering . . . does not emerge from the figures and statistics only . . . but from the account of survivors". These records of harrowing suffering are numerous and well known[35].

Reference should also be made to the many documents received by the Registry in this regard, including materials from the *International Symposium: Fifty Years since the Atomic Bombing of Hiroshima and Nagasaki*. It is not possible in this opinion even to attempt the briefest summary of the details of these sufferings.

The death toll from lingering death by radiation is still adding to the numbers. Over 320,000 people who survived but were affected by radiation suffer from various malignant tumours caused by radiation, including leukaemia, thyroid cancer, breast cancer, lung cancer, gastric cancer, cataracts and a variety of other after-effects more than half a century later, according to statistics given to the Court by the representative of Japan. With nuclear weapons presently in the world's arsenals of several multiples of the power of those explosions, the scale of damage expands exponentially.

As stated by WHO (CR 95/22, pp. 23-24), overexposure to radiation suppresses the body's immune systems and increases victims' vulnerability to infection and cancers.

Apart from an increase in genetic effects and the disfiguring keloid tumours already referred to, radiation injuries have also given rise to psychological traumas which continue to be noted among the survivors of Hiroshima and Nagasaki. Radiation injuries result from direct exposure, from radiation emitted from the ground, from buildings charged with radioactivity, and from radioactive fallout back to the ground several months later from soot or dust which had been whirled up into the stratosphere by the force of the explosion[36].

In addition to these factors, there is an immense volume of specific material relating to the medical effects of nuclear war. A fuller account of this medical material appears in my dissenting opinion on the WHO request (*I.C.J. Reports 1996*, pp. 115-127). That medical material should also be considered as incorporated in this account of the unique effects of the nuclear weapon.

---

[35] Among the internationally known contemporary accounts are John Hersey, *Hiroshima* (to which *The New Yorker* devoted its whole issue of 31 August 1946, and which has since appeared as a Penguin Classic, 1946); *Hiroshima Diary: The Journal of a Japanese Physician August 6-September 30, 1945*, by Michihiko Hachiya, M.D., University of North Carolina Press, 1955; and *The Day Man Lost: Hiroshima, 6 August 1945*, Kodansha, 1972. They are all part of a voluminous documentation.

[36] Over the effects of radiation, see, generally, *Nuclear Radiation in Warfare*, 1981, by Professor Joseph Rotblat, the Nobel Laureate.

sur le fait que «pour avoir une idée des souffrances humaines ... il faut se référer non seulement aux chiffres et aux statistiques ... mais aussi au témoignage des survivants». Ces témoignages relatant des souffrances intolérables sont multiples et bien connus[35].

Il convient aussi de se reporter aux nombreux documents reçus à ce sujet par le Greffe et notamment aux travaux rassemblés sous le titre *International Symposium: Fifty Years since the Atomic Bombing of Hiroshima and Nagasaki*. On ne peut s'aventurer, dans le cadre de la présente opinion, à dresser un inventaire, si succinct soit-il, des souffrances décrites.

Le bilan s'alourdit encore si l'on y ajoute les lentes agonies consécutives à l'irradiation. D'après des statistiques fournies à la Cour par le représentant du Japon, on compte, à cinquante ans de distance, plus de trois cent vingt mille survivants irradiés qui souffrent de séquelles diverses et notamment d'affections malignes attribuables à l'irradiation (leucémie, cancer de la thyroïde, cancer du sein, cancer du poumon, cancer de l'estomac, cataracte). Comme les armes nucléaires stockées dans les arsenaux de la planète ont une puissance plusieurs fois supérieure à celle des armes dont nous parlons ici, on peut en attendre des ravages multipliés à l'infini.

Comme l'indique l'Organisation mondiale de la Santé (CR 95/22, p. 23-24), la surexposition aux radiations détruit les systèmes immunitaires et accroît la vulnérabilité des victimes aux infections et aux cancers.

Outre un accroissement des malformations génétiques et des tumeurs chéloïdes défigurantes déjà mentionnées, l'irradiation a également provoqué des traumatismes psychologiques, que l'on continue d'observer chez les survivants d'Hiroshima et de Nagasaki. Les lésions sont dues à l'irradiation directe et aux rayonnements émis par le sol, par les immeubles chargés de radioactivité et par les particules de suie et les poussières radioactives qui retombent sur le sol plusieurs mois après avoir été projetées dans la stratosphère par la force de l'explosion[36].

Il existe en tout état de cause une abondante documentation médicale portant spécialement sur les effets de la guerre nucléaire, que j'ai analysée plus en détail dans mon opinion dissidente relative à la demande d'avis consultatif de l'Organisation mondiale de la Santé (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 115-127). Ces données médicales ont été prises en compte dans le présent exposé des effets spécifiques de l'arme nucléaire.

---

[35] Au nombre des descriptions publiées à l'époque qui sont mondialement connues, on peut citer *Hiroshima* par John Hersey, ouvrage auquel le *New Yorker* a consacré l'intégralité de son numéro du 31 août 1946 et qui a ultérieurement paru dans la collection Penguin Classic, également en 1946; *Hiroshima Diary: The Journal of a Japanese Physician August 6-September 30, 1945*, par Michihiko Hachiya, M.D., University of North Carolina Press, 1955, et *The Day Man Lost: Hiroshima, 6 August 1945*, Kodansha, 1972. Ces ouvrages font partie d'une volumineuse bibliographie.

[36] Concernant les effets de l'irradiation, voir, généralement, *Nuclear Radiation in Warfare*, 1981, par le professeur Joseph Rotblat, lauréat du prix Nobel.

(g) *Heat and blast*

Nuclear weapons cause damage in three ways — through heat, blast and radiation. As stated by the WHO representative, while the first two differ quantitatively from those resulting from the explosion of conventional bombs, the third is peculiar to nuclear weapons. In addition to instantaneous radiation, there is also radioactive fallout.

The distinctiveness of the nuclear weapon can also be seen from statistics of the magnitude of the heat and blast it produces. The representative of Japan drew our attention to estimates that the bomb blasts in Hiroshima and Nagasaki produced temperatures of several million degrees centigrade and pressures of several hundred thousand atmospheres. In the bright fireball of the nuclear explosion, the temperature and pressure are said indeed to be the same as those at the centre of the sun[37]. Whirlwinds and firestorms were created approximately 30 minutes after the explosion. From these causes 70,147 houses in Hiroshima and 18,400 in Nagasaki were destroyed. The blastwind set up by the initial shockwave had a speed of nearly 1,000 miles per hour, according to figures given to the Court by the Mayor of Hiroshima. The blast

> "turns people and debris into projectiles that hurl into stationary objects and into each other. Multiple fractures, puncture wounds and the smashing of skulls, limbs and internal organs makes the list of possible injuries endless."[38]

(h) *Congenital deformities*

The intergenerational effects of nuclear weapons mark them out from other classes of weapons. As the delegation of the Solomon Islands put it, the adverse effects of the bomb are

> "virtually permanent — reaching into the distant future of the human race — if it will have a future, which a nuclear conflict would put in doubt" (CR 95/32, p. 36).

Apart from damage to the environment which successive generations will inherit far into the future, radiation also causes genetic damage and will

[37] Bates, *op. cit.*, p. 722. Cf. the reference in *The Bhagvadgita*, "brighter than a thousand suns", which was widely used by nuclear scientists — as in Robert Jungk, *Brighter than a Thousand Suns: A Personal History of the Atomic Scientist*, Penguin, 1982, and Oppenheimer's famous quote from the same source.

[38] *Ibid.*, p. 723.

g) *Effet thermique et souffle*

Les dommages causés par les armes nucléaires sont attribuables à trois causes: l'effet thermique, le souffle et les rayonnements. Comme l'a indiqué le représentant de l'Organisation mondiale de la Santé, les conséquences qu'entraînent les deux premières causes sont quantitativement différentes de celles qui résultent de l'explosion de bombes classiques tandis que les conséquences qui découlent de la troisième cause sont propres aux armes nucléaires — lesquelles provoquent, outre une irradiation instantanée, des retombées radioactives.

La spécificité de l'arme nucléaire ressort des statistiques concernant l'effet thermique et le souffle qu'elle génère. Le représentant du Japon a appelé notre attention sur des estimations selon lesquelles les explosions d'Hiroshima et de Nagasaki ont produit des températures de plusieurs millions de degrés centigrades et des pressions de plusieurs centaines de milliers d'atmosphères. On a calculé que, dans la boule de feu résultant de l'explosion nucléaire, la température et la pression étaient les mêmes qu'au centre du soleil[37]. Il s'est produit, environ trente minutes après l'explosion, des tourbillons et des tempêtes thermiques qui ont détruit soixante-dix mille cent quarante-sept maisons à Hiroshima et dix-huit mille quatre cents à Nagasaki. Selon les chiffres fournis par le maire d'Hiroshima, le souffle accompagnant l'onde de choc initiale a atteint une vitesse d'environ 1600 kilomètres à l'heure. Le souffle

> «transforme les êtres humains et les débris en projectiles qui entrent violemment en collision avec les objets fixes et les uns avec les autres. Fractures multiples, blessures, crânes, membres et organes internes broyés, telles sont quelques-unes des innombrables conséquences qui en résultent.»[38]

h) *Malformations congénitales*

Les effets intergénérations des armes nucléaires en font une catégorie d'armes à part. Comme le souligne la délégation des Iles Salomon, les effets négatifs de la bombe sont

> «virtuellement permanents — l'humanité est destinée à en ressentir le contrecoup jusque dans un avenir très éloigné — si avenir il y a, et rien n'est moins sûr dans l'hypothèse d'un conflit nucléaire» (CR 95/32, p. 36).

Outre des dommages à l'environnement dont les générations futures auront à souffrir pendant très longtemps, les rayonnements causent des

[37] Bates, *op. cit.*, p. 772. Le *Bhagavad-Gita* dit: «plus brillant qu'un millier de soleils», expression largement utilisée par les savants nucléaires, par exemple Robert Jungk, auteur de *Brighter than a Thousand Suns: A Personal History of the Atomic Scientist*, 1982, et par Oppenheimer dans sa célèbre citation de la même source.

[38] *Ibid.*, p. 723.

result in a crop of deformed and defective offspring, as proved in Hiroshima and Nagasaki (where those who were in the vicinity of the explosion — the *hibakusha* — have complained for years of social discrimination against them on this account), and in the Marshall Islands and elsewhere in the Pacific. According to the Mayor of Nagasaki:

> "the descendants of the atomic bomb survivors will have to be monitored for several generations to clarify the genetic impact, which means that the descendants will be forced to live in anxiety for generations to come" (CR 95/27, p. 43).

The Mayor of Hiroshima told the Court that children "exposed in their mothers' womb were often born with microcephalia, a syndrome involving mental retardation and incomplete growth" (*ibid.*, p. 29). In the Mayor's words:

> "For these children, no hope remains of becoming normal individuals. Nothing can be done for them medically. The atomic bomb stamped its indelible mark on the lives of these utterly innocent unborn babies." (*Ibid.*, p. 30.)

In Japan the social problem of *hibakusha* covers not only persons with hideous keloid growths, but also deformed children and those exposed to the nuclear explosions, who are thought to have defective genes which transmit deformities to their children. This is a considerable human rights problem, appearing long after the bomb and destined to span the generations.

Mrs. Lijon Eknilang, from the Marshall Islands, told the Court of genetic abnormalities never before seen on that island until the atmospheric testing of nuclear weapons. She gave the Court a moving description of the various birth abnormalities seen on that island after the exposure of its population to radiation. She said that Marshallese women

> "give birth, not to children as we like to think of them, but to things we could only describe as 'octopuses', 'apples', 'turtles', and other things in our experience. We do not have Marshallese words for these kinds of babies because they were never born before the radiation came.
>
> Women on Rongelap, Likiep, Ailuk and other atolls in the Marshall Islands have given birth to these 'monster babies'. . . . One woman on Likiep gave birth to a child with two heads. . . . There is

ravages génétiques et aboutissent à des tares et malformations congénitales comme on l'a constaté à Hiroshima et à Nagasaki (où tous ceux qui se trouvaient au voisinage de l'explosion — les *hibakusha* — se sont plaints pendant des années d'être pour cette raison victimes d'une discrimination sociale) ainsi qu'aux Iles Marshall et en d'autres zones du Pacifique. Selon le maire de Nagasaki:

> «les descendants des survivants des explosions atomiques devront être suivis pendant plusieurs générations pour déceler l'impact génétique, ce qui signifie que des générations de personnes vivront dans l'angoisse» (CR 95/27, p. 43).

Le maire d'Hiroshima a indiqué à la Cour que les enfants qui avaient été «exposés aux radiations dans le sein de leur mère révélaient souvent au moment de la naissance une microcéphalie, syndrome combinant arriération mentale et développement incomplet» (*ibid.*, p. 29). Il s'est exprimé dans les termes suivants:

> «Il n'y a aucun espoir que ces enfants deviennent des individus normaux. On ne peut rien faire pour eux sur le plan médical. La bombe atomique a marqué d'un stigmate indélébile la vie d'êtres totalement innocents qui n'avaient même pas encore vu le jour.» (*Ibid.*, p. 30.)

Au Japon, le problème social des *hibakusha* concerne non seulement les personnes hideusement défigurées par des tumeurs chéloïdes mais aussi des enfants présentant des malformations et ceux qui, ayant été exposés aux explosions nucléaires, risquent d'avoir été génétiquement atteints et de donner le jour à des enfants anormaux. Il y a là un problème de droits de l'homme très sérieux, qui a surgi longtemps après l'explosion de la bombe et qui se posera nécessairement pendant des générations.

Madame Lijon Eknilang, des Iles Marshall, a signalé à la Cour des anomalies génétiques qu'on n'avait jamais observées sur le territoire insulaire jusqu'aux campagnes d'essais nucléaires dans l'atmosphère. Elle a fait une émouvante description des anomalies congénitales qui ont été constatées après que la population locale eut été exposée aux radiations. Elle a dit qu'aux Iles Marshall, des femmes

> «donnent naissance non à des enfants comme nous aimons les imaginer mais à des choses que, nous inspirant de la réalité quotidienne, nous dénommons «poulpes», «pommes» ou «tortues». Nous n'avons pas de mot dans notre langue pour décrire ce genre de créature parce qu'il n'en était jamais venu au monde avant que nous ne soyons exposés aux radiations.
>
> Des femmes de Rongelap, de Likiep, d'Ailuk et d'autres atolls des Iles Marshall ont aussi donné naissance à des monstres ... Une femme de Likiep a accouché d'un enfant bicéphale ... Il y a

> a young girl on Ailuk today with no knees, three toes on each foot and a missing arm . . .
>
> The most common birth defects on Rongelap and nearby islands have been 'jellyfish' babies. These babies are born with no bones in their bodies and with transparent skin. We can see their brains and hearts beating. . . . Many women die from abnormal pregnancies and those who survive give birth to what looks like purple grapes which we quickly hide away and bury. . . .
>
> My purpose for travelling such a great distance to appear before the Court today, is to plead with you to do what you can not to allow the suffering that we Marshallese have experienced to be repeated in any other community in the world." (CR 95/32, pp. 30-31.)

From another country which has had experience of deformed births, Vanuatu, there was a similar moving reference before the World Health Assembly, when that body was debating a reference to this Court on nuclear weapons. The Vanuatu delegate spoke of the birth, after nine months, of "a substance that breathes but does not have a face, legs or arms"[39].

(i) *Transnational damage*

Once a nuclear explosion takes place, the fallout from even a single local detonation cannot be confined within national boundaries[40]. According to WHO studies, it would extend hundreds of kilometres downwind and the gamma ray exposure from the fallout could reach the human body, even outside national boundaries, through radioactivity deposited in the ground, through inhalation from the air, through consumption of contaminated food, and through inhalation of suspended radioactivity. The diagram appended to this opinion, extracted from the WHO Study, comparing the areas affected by conventional bombs and nuclear weapons, demonstrates this convincingly. Such is the danger to which neutral populations would be exposed.

All nations, including those carrying out underground tests, are in agreement that extremely elaborate protections are necessary in the case of underground nuclear explosions in order to prevent contamination of the environment. Such precautions are manifestly quite impossible in the

[39] Record of the 13th Plenary Meeting, Forty-Sixth World Health Assembly, 14 May 1993, doc. A46/VR/13, p. 11, furnished to the Court by WHO.

[40] See diagram appended from *Effects of Nuclear War on Health and Health Services*, World Health Organization, 2nd ed., 1987, p. 16.

aujourd'hui à Ailuk une fillette privée de genoux, et qui n'a que trois doigts à chaque pied et un seul bras.

A Rongelap et dans les îles voisines, l'anomalie la plus fréquente à la naissance est celle de l'«ectoplasmie». Les enfants sont dépourvus de charpente osseuse et leur peau est transparente. On peut voir battre leur cerveau et leur cœur. Les grossesses anormales font de nombreuses victimes ... et les femmes qui survivent accouchent d'une sorte de grappe de raisins noirs que nous nous hâtons de faire disparaître et d'enterrer...

Si j'ai entrepris ce long voyage pour me présenter devant la Cour aujourd'hui, c'est pour vous demander de faire tout en votre pouvoir pour que la souffrance qui a été notre lot à nous, citoyens des Iles Marshall, soit épargnée au reste du monde.» (CR 95/32, p. 30-31.)

Un autre pays où ont été enregistrées des naissances d'enfants anormaux, Vanuatu, a fait une déclaration non moins émouvante devant l'Assemblée mondiale de la Santé lors de l'examen, dans cette enceinte, de la possibilité de soumettre à la Cour la question des armes nucléaires. Le représentant de Vanuatu a signalé la naissance au bout de neuf mois d'une substance qui respire mais qui n'a ni visage, ni bras, ni jambes[39].

i) *Dommages transnationaux*

En cas d'explosion nucléaire, les retombées, même si elles proviennent d'une seule détonation locale, sont impossibles à contenir dans les limites d'un territoire national[40]. Selon des études de l'Organisation mondiale de la Santé, elles s'étendraient sur des centaines de kilomètres sous le vent et l'effet des rayons gamma résultant des retombées pourrait être ressenti par le corps humain, même au-delà des frontières, de diverses manières: contact avec le sol devenu radioactif, inhalation de l'air, absorption de denrées contaminées et inhalation de radioactivité en suspension. A cet égard, la comparaison entre les superficies touchées par les bombes du type classique et les armes nucléaires, présentée dans le diagramme joint en appendice à la présente opinion, qui a été publié dans une étude de l'Organisation mondiale de la Santé est très instructive. On peut donc se faire une idée du danger auquel seraient exposées les populations neutres.

Toutes les nations, y compris celles qui procèdent à des essais souterrains, conviennent que de très grandes précautions doivent être prises pour éviter qu'une explosion nucléaire souterraine ne contamine l'environnement. Il sera manifestement impossible de prendre de telles précau-

[39] Compte rendu de la treizième séance plénière, quarante-sixième Assemblée mondiale de la Santé, 14 mai 1993, doc. A46/VR/13, p. 11, communiqué à la Cour par l'Organisation mondiale de la Santé.

[40] Voir le diagramme joint en annexe à la présente opinion, qui est tiré du document intitulé *Effets de la guerre nucléaire sur la santé et les services de santé*, Organisation mondiale de la santé, 2e éd., 1987, p. 16.

case of the use of nuclear weapons in war — when they will necessarily be exploded in the atmosphere or on the ground. The explosion of nuclear weapons in the atmosphere creates such acknowledgedly deleterious effects that it has already been banned by the Partial Nuclear Test Ban Treaty, and considerable progress has already been made towards a Total Test Ban Treaty. If the nuclear powers now accept that explosions below ground, in the carefully controlled conditions of a test, are so deleterious to health and the environment that they should be banned, this ill accords with the position that above ground explosions in uncontrolled conditions are acceptable.

The transboundary effects of radiation are illustrated by the nuclear meltdown in Chernobyl which had devastating effects over a vast area, as the by-products of that nuclear reaction could not be contained. Human health, agricultural and dairy produce and the demography of thousands of square miles were affected in a manner never known before. On 30 November 1995, the United Nation's Under-Secretary-General for Humanitarian Affairs announced that thyroid cancers, many of them being diagnosed in children, are 285 times more prevalent in Belarus than before the accident, that about 375,000 people in Belarus, Russia and Ukraine remain displaced and often homeless — equivalent to numbers displaced in Rwanda by the fighting there — and that about 9 million people have been affected in some way[41]. Ten years after Chernobyl, the tragedy still reverberates over large areas of territory, not merely in Russia alone, but also in other countries such as Sweden. Such results, stemming from a mere accident rather than a deliberate attempt to cause damage by nuclear weapons, followed without the heat or the blast injuries attendant on a nuclear weapon. They represented radiation damage alone — only one of the three lethal aspects of nuclear weapons. They stemmed from an event considerably smaller in size than the explosions of Hiroshima and Nagasaki.

(j) *Potential to destroy all civilization*

Nuclear war has the potential to destroy all civilization. Such a result could be achieved through the use of a minute fraction of the weapons already in existence in the arsenals of the nuclear powers.

As Former Secretary of State, Dr. Henry Kissinger, once observed, in relation to strategic assurances in Europe:

[41] *New York Times Service*, reported in *International Herald Tribune*, 30 November 1995.

tions en cas d'emploi d'armes nucléaires dans le contexte d'un conflit armé puisque les explosions auront nécessairement lieu dans l'atmosphère ou sur terre. Les explosions nucléaires dans l'atmosphère ont des effets délétères si notoires qu'elles ont déjà été interdites par le traité d'interdiction partielle des essais nucléaires et que l'on se rapproche de plus en plus d'un traité d'interdiction des essais dans tous les milieux. Si les puissances dotées d'armes nucléaires conviennent aujourd'hui que les explosions souterraines soumises aux contrôles rigoureux d'une campagne d'essais ont des effets si néfastes sur la santé et l'environnement qu'il faut les interdire, comment considérer comme acceptables des explosions à l'air libre échappant à tout contrôle?

Les effets transfrontières des radiations sont mis en évidence par la catastrophe de Tchernobyl qui a eu des effets dévastateurs sur une vaste superficie du fait qu'il était impossible d'arrêter le déplacement des sous-produits de la réaction nucléaire. La santé, la production agricole et laitière et la démographie ont été compromises à un degré sans précédent sur des superficies s'étendant sur des milliers de kilomètres carrés. Le 30 novembre 1995, le Secrétaire général adjoint aux affaires humanitaires des Nations Unies a annoncé que les cancers de la thyroïde, dont beaucoup diagnostiqués chez des enfants, étaient devenus deux cent quatre-vingt-cinq fois plus fréquents qu'avant l'accident au Belarus, que le nombre de personnes originaires du Belarus, de la Russie et de l'Ukraine qui continuaient de vivre loin de chez elles et étaient souvent sans abri avoisinait trois cent soixante-quinze mille — chiffre comparable à celui des personnes déplacées du fait des combats au Rwanda — et qu'environ neuf millions de personnes avaient été atteintes d'une manière ou d'une autre[41]. Dix ans après Tchernobyl, les effets de la tragédie se font encore sentir sur de vastes superficies, non seulement en Russie mais aussi dans d'autres pays comme la Suède. Pourtant, ils ont eu pour origine un simple accident, non une volonté délibérée de causer des dommages par l'emploi d'armes nucléaires; ils ne se sont pas accompagnés des ravages attribuables à l'effet thermique ou à l'effet de souffle que provoquent les armes nucléaires; ils ont été causés exclusivement par l'irradiation — l'une seulement des trois manières dont les armes nucléaires tuent; et ils ont fait suite à un accident de proportions nettement plus modestes que les explosions d'Hiroshima et de Nagasaki.

j) *Anéantissement possible de l'ensemble de la civilisation*

La guerre nucléaire a la capacité d'anéantir l'ensemble de la civilisation. Il suffirait pour obtenir ce résultat d'utiliser une infime partie des réserves d'armes nucléaires stockées dans les arsenaux des puissances nucléaires.

Un ancien secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, Henry Kissinger, a un jour déclaré, à propos des assurances stratégiques en Europe:

[41] *New York Times Service*, cité dans le numéro du 30 novembre 1995 de l'*International Herald Tribune*.

> "The European allies should not keep asking us to multiply strategic assurances that we cannot possibly mean, or if we do mean, we should not want to execute because if we execute, *we risk the destruction of civilization.*"[42]

So, also, Robert McNamara, United States Secretary of Defense from 1961 to 1968, has written:

> "Is it realistic to expect that a nuclear war could be limited to the detonation of tens or even hundreds of nuclear weapons, even though each side would have tens of thousands of weapons remaining available for use? The answer is clearly no."[43]

Stocks of weapons may be on the decline, but one scarcely needs to think in terms of thousands or even hundreds of weapons. Tens of weapons are enough to wreak all the destructions that have been outlined at the commencement of this opinion.

Such is the risk attendant on the use of nuclear weapons — a risk which no single nation is entitled to take, whatever the dangers to itself. An individual's right to defend his own interests is a right he enjoys against his opponents. In exercising that right, he cannot be considered entitled to destroy the village in which he lives.

(i) *Social institutions*

All the institutions of ordered society — judiciaries, legislatures, police, medical services, education, transport, communications, postal and telephone services, and newspapers — would disappear together in the immediate aftermath of a nuclear attack. The country's command centres and higher echelons of administrative services would be paralysed. There would be "social chaos on a scale unprecedented in human history"[44].

(ii) *Economic structures*

Economically, society would need to regress even beyond that of the Middle Ages to the levels of man's most primitive past. One of the best known studies examining this scenario summarizes the situation in this way:

---

[42] Henry A. Kissinger, "NATO Defense and the Soviet Threat", *Survival*, November-December 1979, p. 266 (address in Brussels), cited by Robert S. McNamara in "The Military Role of Nuclear Weapons: Perceptions and Misperceptions", *Foreign Affairs*, 1983-1984, No. 62, Vol. 1, p. 59; emphasis added.

[43] Robert S. McNamara, *op. cit.*, p. 71.

[44] Bates, *op. cit.*, p. 726.

> «Nos alliés européens ne devraient pas nous inviter constamment à multiplier des assurances stratégiques que nous ne sommes pas prêts, ou, si nous le sommes, ne devrions pas être prêts à mettre en application car, en le faisant, *nous risquons d'anéantir la civilisation.*»[42]

De même, Robert McNamara, secrétaire d'Etat à la défense des Etats-Unis de 1961 à 1968, a écrit:

> «Peut-on raisonnablement croire que ne seraient employées, dans le cadre d'une guerre nucléaire, que quelques dizaines ou même quelques centaines d'armes nucléaires alors même que les deux parties auraient encore des dizaines de milliers d'armes à leur disposition? La réponse ne peut être que négative.»[43]

Les stocks d'armes sont peut-être en voie de réduction mais ce n'est pas à l'échelle de milliers ou même de centaines d'armes nucléaires que le problème se pose. Il suffirait de quelques dizaines d'armes pour causer toutes les destructions dont un aperçu a été donné au début de la présente opinion.

Tel est le risque que comporte l'emploi des armes nucléaires — un risque qu'aucune nation n'est en droit de prendre, quels que soient les dangers auxquels elle se trouve exposée. Le droit d'un individu de défendre ses propres intérêts est un droit qu'il possède à l'encontre de ses adversaires. Il ne peut pas légitimement, en l'exerçant, anéantir le village où il habite.

i) *Institutions sociales*

Toutes les institutions d'une société organisée — les instances judiciaires et législatives, la police, les services de santé, d'éducation, des transports, des communications et des postes et téléphones, ainsi que la presse — disparaîtraient totalement juste après une attaque nucléaire. Les centres de commandement et les services les plus importants de l'administration du pays seraient paralysés. Il en résulterait un «chaos social à une échelle sans précédent dans l'histoire de l'humanité»[44].

ii) *Structures économiques*

Economiquement, la société reviendrait non pas à son niveau du Moyen Age mais aux temps les plus reculés de l'histoire de l'humanité. Une des études les plus connues qui évoquent ce scénario résume la situation dans les termes suivants:

---

[42] Henry A. Kissinger, «NATO Defense and the Soviet Threat», *Survival*, novembre-décembre 1979, p. 266 (conférence à Bruxelles), cité par Robert S. McNamara dans «The Military Role of Nuclear Weapons: Perceptions and Misperceptions», *Foreign Affairs*, 1983-1984, vol. 1, p. 59; les italiques sont de moi.

[43] Robert S. McNamara, *op. cit.*, p. 71.

[44] Bates, *op. cit.*, p. 726.

> "The task . . . would be not to restore the old economy but to invent a new one, on a far more primitive level. . . . The economy of the Middle Ages, for example, was far less productive than our own, but it was exceedingly complex, and it would not be within the capacity of people in our time suddenly to establish a medieval economic system in the ruins of their twentieth-century one. . . . Sitting among the debris of the Space Age, they would find that the pieces of a shattered modern economy around them — here an automobile, there a washing machine — were mismatched to their elemental needs. . . . [T]hey would not be worrying about rebuilding the automobile industry or the electronics industry: they would be worrying about how to find nonradioactive berries in the woods, or how to tell which trees had edible bark."[45]

(iii) *Cultural treasures*

Another casualty to be mentioned in this regard is the destruction of the cultural treasures representing the progress of civilization through the ages. The importance of the protection of this aspect of civilization was recognized by the Hague Convention of 14 May 1954, for the protection of cultural property in the case of armed conflict, which decreed that cultural property is entitled to special protection. Historical monuments, works of art or places of worship which constitute the cultural or spiritual heritage of peoples must not be the objects of any acts of hostility.

Additional Protocol II provides that cultural property and places of worship which constitute the cultural and spiritual heritage of peoples must not be attacked. Such attacks are grave breaches of humanitarian law under the Conventions and the Protocol. The protection of culture in wartime is considered so important by the world community that Unesco has devised a special Programme for the Protection of Culture in Wartime. Whenever any cultural monuments were destroyed, there has been a public outcry and an accusation that the laws of war had been violated.

Yet it is manifest that the nuclear bomb is no respecter of such cultural treasures[46]. It will incinerate and flatten every object within its radius of destruction, cultural monument or otherwise.

Despite the blitz on many great cities during World War II, many a cultural monument in those cities stood through the war. That will not be the case after nuclear war.

---

[45] Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 1982, pp. 69-70, cited in Bates, *op. cit.*, p. 727.

[46] On State responsibility to protect the cultural heritage, see Article 5 of the World Heritage Convention, 1972 (The Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage).

«Il faudrait ... non pas reconstruire l'économie préexistante mais en inventer une nouvelle, à un niveau beaucoup plus primitif ... L'économie du Moyen Age, par exemple, était loin d'avoir la capacité de production de la nôtre mais elle était extrêmement complexe et nos contemporains ne seraient pas capables de bâtir instantanément un système économique médiéval sur les ruines de celui du XX[e] siècle ... Au milieu des restes de l'ère spatiale, ils seraient incapables de trouver, parmi les débris d'une économie moderne répandus autour d'eux — ici une automobile, là une machine à laver — les moyens de satisfaire leurs besoins les plus élémentaires ... [Il]s ne se soucieraient pas de reconstruire l'industrie automobile ou l'industrie électronique: ils se soucieraient de savoir comment trouver dans les bois des baies non radioactives et comment identifier les arbres à écorce comestible.»[45]

iii) *Trésors culturels*

Il convient également de prendre en compte la destruction des trésors culturels, témoins du progrès de la civilisation à travers les âges. L'importance de la protection de cet aspect de la civilisation a été reconnue par la convention de La Haye du 14 mai 1954 concernant la protection des biens culturels en cas de conflit armé, qui proclame que le patrimoine culturel a droit à une protection spéciale. Les monuments historiques, les œuvres d'art et les lieux de culte qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples ne doivent servir de cible à aucun acte d'hostilité.

Le protocole additionnel II dispose que les biens culturels et les lieux de culte qui constituent le patrimoine culturel et spirituel des peuples ne doivent pas faire l'objet d'attaques. Semblables attaques constituent des violations graves du droit humanitaire tel qu'il découle des conventions et du protocole. La protection du patrimoine culturel en temps de guerre est considérée comme si importante par la communauté mondiale que l'Unesco a élaboré un «Programme spécial pour la protection de la culture en temps de guerre». Chaque destruction d'un bien culturel a entraîné une réaction d'indignation de l'opinion publique et des protestations en raison des violations du droit de la guerre.

Or, il est manifeste que la bombe nucléaire n'épargne pas les trésors culturels[46]. Elle réduit en cendres et anéantit tout ce qui se trouve dans son rayon de destruction, les biens culturels comme le reste.

Malgré le «blitz» subi par de nombreuses grandes agglomérations pendant la seconde guerre mondiale, bien des monuments culturels ont été épargnés. Tel ne sera pas le cas si une guerre nucléaire éclate.

---

[45] Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 1982, p. 69-70, cité dans Bates, *op. cit.*, p. 727.

[46] Concernant le devoir des Etats de protéger le patrimoine culturel, voir l'article 5 de la convention de 1972 concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel.

That this is a feature of considerable importance in all countries can be illustrated from the statistics in regard to one. The number of listed monuments in the Federal Republic of Germany alone, in 1986, was around 1 million, of which Cologne alone had around 9,000 listed buildings[47]. A nuclear attack on a city such as Cologne would thus deprive Germany, in particular, and the world community in general, of a considerable segment of their cultural inheritance, for a single bomb would easily dispose of all 9,000 monuments, leaving none standing — a result which no wartime bombing in World War II could achieve.

Together with all other structures, they will be part of the desert of radioactive rubble left in the aftermath of the nuclear bomb. If the preservation of humanity's cultural inheritance is of any value to civilization, it is important to note that it will be an inevitable casualty of the nuclear weapon.

(k) *The electromagnetic pulse*

Another feature distinctive to nuclear weapons is the electromagnetic pulse. The literature indicates that this has the effect of displacing electrons out of air molecules in the upper atmosphere and these electrons are then displaced by the earth's magnetic field. As they spin down and around the lines of magnetic force, they transmit a very sudden and intensive burst of energy — the electromagnetic pulse — which throws all electronic devices out of action. As these systems go haywire, all communication lines are cut, health services (among other essential services) disrupted and organized modern life collapses. Even the command and control systems geared for responses to nuclear attack can be thrown out of gear, thus creating a fresh danger of unintended release of nuclear weapons.

A standard scientific dictionary, *Dictionnaire encyclopédique d'électronique*, describes the effects of the electromagnetic pulse in the following terms:

> "Electromagnetic pulse, nuclear pulse; strong pulse of electromagnetic energy radiated by a nuclear explosion in the atmosphere; caused by collisions between the gamma rays emitted during the first nanoseconds of the explosion and the electrons in the molecules in the atmosphere; the electromagnetic pulse produced by a nuclear explosion of an average force at around 400 km altitude can instantly put out of service the greater part of semiconductor electronic equipment in a large country, such as the United States, as well as a large

[47] See Hiltrud Kier, "UNESCO Programme for the Protection of Culture in Wartime", in Documents of the Sixth World Congress of IPPNW, *op. cit.*, p. 199.

L'importance considérable que revêt le patrimoine culturel dans tous les pays ressort clairement des statistiques relatives à un seul d'entre eux. Il y avait en 1986 dans la seule République fédérale d'Allemagne environ un million de monuments classés dont neuf mille dans la seule ville de Cologne[47]. Une attaque nucléaire sur une ville comme Cologne priverait l'Allemagne et l'ensemble de la communauté mondiale d'une fraction appréciable de leur patrimoine culturel car une bombe unique anéantirait aisément les neuf mille monuments, n'en laissant pas un seul debout — résultat auquel n'est parvenu aucun des bombardements de la seconde guerre mondiale.

De ces monuments, comme de n'importe quel autre bâtiment, la bombe nucléaire ne laissera subsister que des décombres radioactifs. Si l'on considère que la préservation du patrimoine culturel de l'humanité revêt une importance cruciale pour la civilisation, il faut se rendre compte que la bombe nucléaire en causera inévitablement sa destruction.

k) *L'impulsion électromagnétique*

L'explosion d'une bombe nucléaire s'accompagne d'un autre phénomène caractéristique, celui de l'impulsion électromagnétique qui, selon les spécialistes, a pour effet de chasser les électrons des molécules d'air situées dans les couches supérieures de l'atmosphère, électrons qui sont alors attirés par le champ magnétique de la Terre. Leur descente le long des lignes de force magnétique engendre une très forte et très soudaine poussée d'énergie — l'impulsion électromagnétique — qui met hors service tous les systèmes électroniques. Quand tous ces systèmes ne fonctionnent plus, les lignes de communication sont coupées, les services de santé (y compris les services essentiels) sont gravement perturbés et la vie moderne organisée s'arrête. Même les dispositifs de commandement et de contrôle dont dépendent les réactions à une attaque nucléaire risquent de tomber en panne, ce qui entraîne le danger supplémentaire que des bombes nucléaires ne soient involontairement activées.

Un dictionnaire scientifique classique, le *Dictionnaire encyclopédique d'électronique*, décrit les effets de l'impulsion électromagnétique dans les termes suivants:

> «Impulsion électromagnétique, impulsion nucléaire: forte impulsion d'énergie électromagnétique rayonnée par une explosion nucléaire dans l'atmosphère; est due aux collisions entre les rayons gammas émis pendant les premières nano-secondes de l'explosion et les électrons des molécules de l'atmosphère; l'impulsion électromagnétique produite par une explosion nucléaire de puissance moyenne à environ 400 kilomètres d'altitude peut mettre hors service instantanément la majeure partie des appareils électroniques à semi-con-

[47] Voir Hiltrud Kier, «UNESCO Programme for the Protection of Culture in Wartime» inséré dans les actes du sixième congrès mondial de l'IPPNW, *op. cit.*, p. 199.

> part of its energy distribution networks, without other effects being felt on the ground, with military consequences easy to imagine."[48]

An important aspect of the electromagnetic pulse is that it travels at immense speeds, so that the disruption of communication systems caused by the radioactive contamination immediately can spread beyond national boundaries and disrupt communication lines and essential services in neutral countries as well. Having regard to the dominance of electronic communication in the functioning of modern society at every level, this would be an unwarranted interference with such neutral States.

Another important effect of the electromagnetic pulse is the damage to electrical power and control systems from nuclear weapons — indeed electromagnetic pulse could lead to a core melt accident in the event of nuclear power facilities being in the affected area[49].

(l) *Damage to nuclear reactors*

The enormous area of devastation and the enormous heat released would endanger all nuclear power stations within the area, releasing dangerous levels of radioactivity apart from that released by the bomb itself. Europe alone has over 200 atomic power stations dotted across the continent, some of them close to populated areas. In addition, there are 150 devices for uranium enrichment[50]. A damaged nuclear reactor could give rise to:

> "lethal doses of radiation to exposed persons 150 miles downwind and would produce significant levels of radioactive contamination of the environment more than 600 miles away"[51].

The nuclear weapon used upon any country in which the world's current total of 450 nuclear reactors is situated could leave in its wake a series of Chernobyls.

---

[48] Michel Fleutry, *Dictionnaire encyclopédique d'électronique (anglais-français)*, 1995, p. 250. *[Translation by the Registry.]*

[49] Gordon Thompson, "Nuclear Power and the Threat of Nuclear War", in Documents of the Sixth World Congress of IPPNW, *op. cit.*, p. 240.

[50] William E. Butler (ed.), *Control over Compliance with International Law*, 1991, p. 24.

[51] Bates, *op. cit.*, p. 720.

ducteurs d'un pays grand comme les Etats-Unis et une grande partie de ses réseaux de distribution d'énergie sans que d'autres effets soient ressentis au sol, avec des conséquences militaires faciles à imaginer.»[48]

L'impulsion électromagnétique a, entre autres caractéristiques, celle, importante, de se déplacer à des vitesses phénoménales de telle sorte que le dérèglement des systèmes de communication causé par la contamination radioactive peut s'étendre instantanément au-delà des frontières nationales et perturber les lignes de communication et les services essentiels des pays neutres. Etant donné le rôle capital que jouent les communications électroniques dans le fonctionnement de la société moderne à tous les niveaux, on serait en présence d'une atteinte injustifiée aux pays en question.

Un autre effet important de l'impulsion électromagnétique rayonnée par les armes nucléaires est que les installations de production et de distribution d'énergie, y compris les systèmes de contrôle, risquent de se dérégler, ce qui pourrait, dans l'hypothèse où une centrale nucléaire se trouverait dans la zone affectée, provoquer la fusion accidentelle du cœur du réacteur[49].

l) *Dommages aux réacteurs nucléaires*

Etant donné l'ampleur des dévastations et l'intensité de la chaleur dégagée, toutes les centrales nucléaires de la région seraient touchées, avec pour conséquence l'élévation à un niveau dangereux de la radioactivité provenant de cette source, sans parler de la radioactivité attribuable à la bombe elle-même. L'Europe compte à elle seule deux cents centrales nucléaires dispersées sur le continent, dont certaines sont situées à proximité d'agglomérations. Il y a de surcroît cent cinquante installations d'enrichissement de l'uranium[50]. Un réacteur nucléaire endommagé pourrait émettre:

«des doses létales de radiations sur une distance de 240 kilomètres sous le vent et générer des taux notables de contamination radioactive de l'environnement dont l'effet pourrait être ressenti à près de 1000 kilomètres»[51].

L'arme nucléaire, si elle était utilisée contre l'un quelconque des pays où sont situés les quelque quatre cent cinquante réacteurs nucléaires actuellement en service dans le monde, pourrait provoquer dans son sillage une série de «Tchernobyls».

---

[48] Michel Fleutry, *Dictionnaire encyclopédique d'électronique* (anglais-français), 1995, p. 250.

[49] Gordon Thompson, «Nuclear Power and the Threat of Nuclear War», dans les Actes du sixième congrès mondial de l'IPPNW, *op. cit.*, p. 240.

[50] William E. Butler (dir. publ.), *Control over Compliance with International Law*, 1991, p. 24.

[51] Bates, *op. cit.*, p. 720.

The effects of such radiation could include anorexia, cessation of production of new blood cells, diarrhoea, haemorrhage, damage to the bone marrow, convulsions, vascular damage and cardiovascular collapse[52].

(m) *Damage to food productivity*

Unlike other weapons, whose direct impact is the most devastating part of the damage they cause, nuclear weapons can cause far greater damage by their delayed after-effects than by their direct effects. The detailed technical study, *Environmental Consequences of Nuclear War*, while referring to some uncertainties regarding the indirect effects of nuclear war, states:

> "What can be said with assurance, however, is that the Earth's human population has a much greater vulnerability to the indirect effects of nuclear war, especially mediated through impacts on food productivity and food availability, than to the direct effects of nuclear war itself."[53]

The nuclear winter, should it occur in consequence of multiple nuclear exchanges, could disrupt all global food supplies.

After the United States tests in the Pacific in 1954, fish caught in various parts of the Pacific, as long as eight months after the explosions, were contaminated and unfit for human consumption, while crops in various parts of Japan were affected by radioactive rain. These were among the findings of an international Commission of medical specialists appointed by the Japanese Association of Doctors against A- and H-bombs[54]. Further:

> "The use of nuclear weapons contaminates water and food, as well as the soil and the plants that may grow on it. This is not only in the area covered by immediate nuclear radiation, but also a much larger unpredictable zone which is affected by the radio-active fall-out."[55]

(n) *Multiple nuclear explosions resulting from self-defence*

If the weapon is used in self-defence after an initial nuclear attack, the ecosystem, which had already sustained the impact of the first nuclear attack, would have to absorb on top of this the effect of the retaliatory

[52] See Herbert Abrams, *op. cit.*, pp. 122-125.
[53] SCOPE publication 28, released at the Royal Society, London, on 6 January 1986, Vol. I, p. 481.
[54] As referred to in Singh and McWhinney, *op. cit.*, p. 124.
[55] *Ibid.*, p. 122.

L'irradiation ainsi provoquée aurait des conséquences diverses: anorexie, arrêt de la production de cellules sanguines, diarrhée, hémorragie, lésion de la moelle osseuse, convulsions, troubles vasculaires et collapsus cardio-vasculaires[52].

m) *Dommages à la productivité alimentaire*

Contrairement aux autres armes, dont l'impact direct est le plus dévastateur, les armes nucléaires peuvent causer des dommages bien plus grands ultérieurement que dans l'immédiat. L'étude technique détaillée intitulée *Environmental Consequences of Nuclear War*, après avoir signalé certaines incertitudes quant aux effets indirects de la guerre nucléaire, affirme que:

> «Ce qu'on peut néanmoins dire sans risquer de se tromper, c'est que la population humaine est beaucoup plus vulnérable aux effets indirects de la guerre nucléaire, notamment à ses répercussions sur la productivité et l'approvisionnement alimentaires, qu'aux effets directs de la guerre elle-même.»[53]

L'hiver nucléaire, s'il survenait à la suite d'échanges de tirs nucléaires multiples, pourrait perturber le système d'approvisionnement alimentaire de l'ensemble de la planète.

Après la campagne d'essais nucléaires menée en 1954 par les Etats-Unis dans le Pacifique, on pêchait encore dans diverses zones du Pacifique, huit mois après les explosions, du poisson contaminé et impropre à la consommation humaine. En outre, les récoltes dans diverses régions du Japon ont été contaminées par des pluies radioactives. Telles sont les constatations qui ont été faites par une Commission internationale d'experts médicaux nommés par l'Association japonaise des médecins contre la bombe A et à la bombe H[54]. Au surplus:

> «L'emploi des armes nucléaires entraîne une contamination de l'eau et des aliments, ainsi que du sol et des végétaux qui peuvent y pousser, et ce non seulement dans la zone immédiatement touchée par les radiations nucléaires mais aussi dans toute la zone, beaucoup plus étendue et sans limites définissables, affectée par les retombées radioactives.»[55]

n) *Explosions nucléaires multiples résultant de rispostes en état de légitime défense*

En cas d'emploi de l'arme en état de légitime défense à la suite d'une attaque nucléaire initiale, l'écosystème, qui aura déjà subi l'impact de la première attaque nucléaire, devra supporter en plus les conséquences de

[52] Voir Herbert Abrams, *op. cit.*, p. 122-125.
[53] SCOPE publication 28, parue à La Royal Society, Londres, le 6 janvier 1986, vol. I, p. 481.
[54] Mentionnées dans Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 124.
[55] *Ibid.*, p. 122.

attack, which may or may not consist of a single weapon, for the stricken nation will be so ravaged that it will not be able to make fine evaluations of the exact amount of retaliatory force required. In such event, the tendency to release as strong a retaliation as is available must enter into any realistic evaluation of the situation. The ecosystem would in that event be placed under the pressure of multiple nuclear explosions, which it would not be able to absorb without permanent and irreversible damage. Capital cities with densely packed populations could be targeted. The fabric of civilization could be destroyed.

It is said of some of the most ruthless conquerors of the past that, after they dealt with a rebellious town, they ensured that it was razed to the ground with no sound or sign of life left in it — not even the bark of a dog or the purr of a kitten. If any student of international law were asked whether such conduct was contrary to the laws of war, the answer would surely be "Of course!" There would indeed be some surprise that the question even needed to be asked. In this age of higher development, the nuclear weapon goes much further, leaving behind it nothing but a total devastation, wrapped in eerie silence.

(o) *"The shadow of the mushroom cloud"*

As pointed out in the Australian submissions (CR 95/22, p. 49), the entire post-war generation lies under a cloud of fear — sometimes described as the "shadow of the mushroom cloud", which pervades all thoughts about the human future. This fear, which has hung like a blanket of doom over the thoughts of children in particular, is an evil in itself and will last so long as nuclear weapons remain. The younger generation needs to grow up in a climate of hope, not one of despair that at some point in their life, there is a possibility of their life being snuffed out in an instant, or their health destroyed, along with all they cherish, in a war to which their nation may not even be a party.

* * *

This body of information shows that, even among weapons of mass destruction, many of which are already banned under international law, the nuclear weapon stands alone, unmatched for its potential to damage all that humanity has built over the centuries and all that humanity relies upon for its continued existence.

I close this section by citing the statement placed before the Court by Professor Joseph Rotblat, a member of the British team on the Manhattan Project in Los Alamos, a Rapporteur for the 1983 WHO investigation into the Effects of Nuclear War on Health and Health Services, and a Nobel Laureate. Professor Rotblat was a member of one of the delegations, but was prevented by ill health from attending the Court.

la riposte, laquelle ne se limitera pas nécessairement au lancement d'une seule bombe car le pays attaqué sera si dévasté qu'il ne sera pas en mesure de calculer avec précision l'intensité de la riposte nécessaire. En pareil cas, la tendance à riposter aussi énergiquement qu'il est possible est un élément à prendre en compte dans toute analyse réaliste de la situation. L'écosystème subirait donc l'impact d'explosions nucléaires multiples, qu'il ne pourrait pas supporter sans dommages permanents et irréversibles. Des capitales à forte densité de population risqueraient d'être visées et la civilisation d'être totalement détruite.

L'histoire rapporte que certains des conquérants les plus implacables des siècles passés, une fois maîtres d'une ville rebelle, la faisait raser complètement, n'y laissant subsister aucun signe de vie, pas même l'aboiement d'un chien ou le miaulement d'un chat. Interrogé sur la compatibilité d'un tel comportement avec le droit de la guerre, n'importe quel étudiant en droit international répondrait sans aucun doute par la négative. Il s'étonnerait même qu'on lui pose une telle question. A notre époque de développement plus avancé, l'arme nucléaire va beaucoup plus loin, ne laissant rien après elle que la dévastation la plus complète au milieu d'un silence de mort.

o) *« L'ombre du champignon nucléaire »*

Comme il est indiqué dans les exposés australiens (CR 95/22, p. 49), toute la génération d'après-guerre a vécu à l'ombre de la peur — l'ombre du champignon nucléaire, dit-on parfois —, une peur qui domine l'ensemble de la réflexion sur l'avenir de l'humanité. Cette peur, qui pèse comme une malédiction sur l'esprit des enfants en particulier, est en elle-même une calamité et elle durera aussi longtemps qu'il y aura des armes nucléaires. Les jeunes ont besoin de grandir dans un climat d'espoir, sans avoir à redouter qu'à un moment quelconque de leur existence la vie ou la santé ne leur soit arrachée, en même temps que tous ceux qu'ils aiment, à cause d'une guerre à laquelle leur pays ne sera peut-être même pas partie.

* * *

Tout ce qui précède montre que, même parmi les armes de destruction massive dont beaucoup sont déjà interdites par le droit international, l'arme nucléaire occupe une place unique parce qu'elle a la capacité à elle seule de détruire tout ce que l'humanité a construit au fil des siècles et tout ce dont l'humanité a besoin pour survivre.

Je conclurai cette partie de mon opinion en citant la déclaration soumise à la Cour par M. Joseph Rotblat, membre de l'équipe britannique qui a participé au projet Manhattan à Los Alamos, rapporteur de l'enquête conduite en 1983 par l'Organisation mondiale de la Santé au sujet des effets de la guerre nucléaire sur la santé et les services de santé, et lauréat du prix Nobel. Le professeur Rotblat faisait partie de l'une des délégations mais n'a pas pu se présenter devant la Cour pour des raisons de santé.

Here is a passage from his statement to the Court:

> "I have read the written pleadings prepared by the United Kingdom and the United States. Their view of the legality of the use of nuclear weapons is premised on three assumptions: *(a)* that they would not necessarily cause unnecessary suffering; *(b)* that they would not necessarily have indiscriminate effects on civilians; *(c)* that they would not necessarily have effects on territories of third States. It is my professional opinion — set out above and in the WHO reports referred to — that on any reasonable set of assumptions their argument is unsustainable on all three points." (CR 95/32, Annex, p. 2.)

4. The Uniqueness of Nuclear Weapons

After this factual review, legal argument becomes almost superfluous, for it can scarcely be contended that any legal system can contain within itself a principle which permits the entire society which it serves to be thus decimated and destroyed — along with the natural environment which has sustained it from time immemorial[56]. The dangers are so compelling that a range of legal principles surges through to meet them.

It suffices at the present stage of this opinion to outline the reasons for considering the nuclear weapon unique, even among weapons of mass destruction. Nuclear weapons

(1) cause death and destruction;
(2) induce cancers, leukaemia, keloids and related afflictions;

(3) cause gastro-intestinal, cardiovascular and related afflictions;

(4) continue for decades after their use to induce the health-related problems mentioned above;
(5) damage the environmental rights of future generations;

(6) cause congenital deformities, mental retardation and genetic damage;
(7) carry the potential to cause a nuclear winter;
(8) contaminate and destroy the food chain;
(9) imperil the ecosystem;
(10) produce lethal levels of heat and blast;
(11) produce radiation and radioactive fallout;
(12) produce a disruptive electromagnetic pulse;

(13) produce social disintegration;
(14) imperil all civilization;

[56] See further, on this aspect, Section V.1 below.

Voici un extrait de sa déclaration à la Cour:

> «J'ai lu les exposés écrits présentés par le Royaume-Uni et les Etats-Unis. Leur position sur la licéité de l'emploi de l'arme nucléaire repose sur trois prémisses: *a)* que les armes ne causeraient pas nécessairement de maux superflus; *b)* qu'elles ne frapperaient pas nécessairement sans distinction les populations civiles; et *c)* qu'elles n'auraient pas nécessairement d'effets sur le territoire d'Etats tiers. Parlant à titre professionnel, j'exprime l'opinion — exposée plus haut et dans les rapports de l'OMS que j'ai mentionnés — qu'à quelque cas de figure qu'on puisse raisonnablement se référer leur position est indéfendable sur les trois points.» (CR 95/32, annexe, p. 2.)

4. La spécificité des armes nucléaires

Après cet exposé des éléments de fait, il est presque superflu de développer des arguments juridiques car peut-on concevoir qu'un système juridique puisse renfermer un principe permettant que la société qu'il régit soit ainsi décimée et détruite — comme d'ailleurs l'environnement naturel qui assure l'existence de cette société depuis des temps immémoriaux?[56] Les risques sont si impressionnants que toute une série de principes juridiques se présentent à l'esprit pour les éviter.

Je me bornerai, à ce stade de la présente opinion, à récapituler les raisons pour lesquelles l'arme nucléaire occupe, même parmi les armes de destruction massive, une place à part. Les armes nucléaires:

1) sèment la mort et la destruction;
2) provoquent des cancers, leucémies, tumeurs chéloïdes et d'autres affections du même type;
3) sont la cause de troubles gastro-intestinaux et cardio-vasculaires et d'autres affections du même type;
4) continuent, des dizaines d'années après avoir été utilisées, à avoir les effets sur la santé évoqués plus haut;
5) portent atteinte aux droits des générations futures concernant l'environnement;
6) sont la cause de malformations congénitales, d'arriération mentale et de dommages génétiques;
7) risquent de provoquer un hiver nucléaire;
8) contaminent et détruisent la chaîne alimentaire;
9) mettent en danger l'écosystème;
10) ont des effets de chaleur et de souffle de niveaux létaux;
11) génèrent des rayonnements et des retombées radioactives;
12) produisent une impulsion électromagnétique entraînant de graves perturbations;
13) provoquent la désintégration de la société;
14) mettent la civilisation en danger;

[56] Ce point est développé ci-après, à la section V, paragraphe 1.

(15) threaten human survival;
(16) wreak cultural devastation;
(17) span a time range of thousands of years;
(18) threaten all life on the planet;
(19) irreversibly damage the rights of future generations;

(20) exterminate civilian populations;
(21) damage neighbouring States;
(22) produce psychological stress and fear syndromes

as no other weapons do.

Any one of these would cause concern serious enough to place these weapons in a category of their own, attracting with special intensity the principles of humanitarian law. In combination they make the case for their application irrefutable. This list is by no means complete. However, to quote the words of a recent study:

> "Once it becomes clear that all hope for twentieth century man is lost if a nuclear war is started, it hardly adds any meaningful knowledge to learn of additional effects."[57]

The words of the General Assembly, in its "Declaration on the Prevention of Nuclear Catastrophe" (1981), aptly summarize the entirety of the foregoing facts:

> "all the horrors of past wars and other calamities that have befallen people would pale in comparison with what is inherent in the use of nuclear weapons, capable of destroying civilization on earth"[58].

Here then is the background to the consideration of the legal question with which the Court is faced. Apart from this background of hard and sordid fact, the legal question cannot be meaningfully addressed. Juxtapose against these consequences — so massively destructive of all the principles of humanity — the accepted principles of humanitarian law, and the result can scarcely be in doubt. As the ensuing discussion will point out, humanitarian principles are grotesquely violated by the consequences of nuclear weapons. This discussion will show that these effects of the nuclear weapon and the humanitarian principles of the laws of war are a contradiction in terms.

5. The Differences in Scientific Knowledge between the Present Time and 1945

On 17 July 1945, United States Secretary of War, Stimson, informed Prime Minister Churchill of the successful detonation of the experimental

[57] Bates, *op. cit.*, p. 721.
[58] Resolution 36/100 of 9 December 1981.

15) menacent la survie de l'humanité;
16) dévastent le patrimoine culturel;
17) produisent des effets qui se font sentir pendant des milliers d'années;
18) menacent toutes les formes de vie sur la planète;
19) causent des dommages irréversibles aux droits des générations futures;
20) exterminent les populations civiles;
21) causent des dommages dans les Etats voisins;
22) provoquent des tensions psychologiques et des syndromes de peur,

comme ne le fait aucun autre type d'armes.

Chacun de ces éléments est en lui-même assez préoccupant pour justifier le classement des armes en question dans une catégorie à part relevant spécialement des principes du droit humanitaire. Pris conjointement, ils rendent irréfutable la thèse exigeant l'application de ces principes. La liste est loin d'être complète. Mais pour citer une étude récente:

> «Une fois établi que tout espoir est interdit à l'homme du XX[e] siècle si une guerre nucléaire éclate, il n'est guère utile de chercher à déterminer quels sont ses autres effets.»[57]

L'Assemblée générale a, dans sa «Déclaration sur la prévention d'une catastrophe nucléaire» de 1981, résumé les faits qui précèdent dans les termes appropriés suivants:

> «toutes les horreurs des guerres du passé et toutes les autres calamités que l'humanité a connues paraîtraient moindres au regard de ce qu'implique l'emploi des armes nucléaires qui peuvent détruire la civilisation sur la Terre»[58].

Tel est donc le contexte dans lequel s'inscrit l'examen de la question juridique dont la Cour est saisie. Détachée de son pénible et sinistre contexte factuel, cette question ne peut pas être abordée sérieusement. Si l'on met en revanche les effets de l'arme — si totalement contraires à tous les principes d'humanité — en regard des principes acceptés du droit humanitaire, on ne peut aboutir qu'à une seule conclusion. L'analyse qui va suivre soulignera que les principes humanitaires sont manifestement violés par les conséquences des armes nucléaires. Elle montrera que les effets de l'arme nucléaire et les principes humanitaires du droit de la guerre sont complètement antinomiques.

5. Les différences entre le niveau actuel des connaissances scientifiques et celui de 1945

Le 17 juillet 1945, M. Stimson, secrétaire d'Etat à la guerre des Etats-Unis d'Amérique, voulant informer le premier ministre de l'époque, Chur-

[57] Bates, *op. cit.*, p. 721.
[58] Résolution 36/100 du 9 décembre 1981.

nuclear bomb in the New Mexican desert, with the cryptic message "Babies satisfactorily born."[59] A universe of knowledge has grown up regarding the effects of the bomb since that fateful day when the advent of this unknown weapon could, even cryptically, be so described.

True, much knowledge regarding the power of the bomb was available then, but the volume of knowledge now available on the effects of nuclear weapons is exponentially greater. In addition to numerous military studies, there have been detailed studies by WHO and other concerned organizations such as International Physicians for the Prevention of Nuclear War (IPPNW); the TTAPS studies on the nuclear winter; the studies of the Scientific Committee on Problems of the Environment (SCOPE); the International Council of Scientific Unions (ICSU); the United Nations Institute of Disarmament Research (UNIDIR); and literally hundreds of others. Much of this material has been placed before the Court or deposited in the library by WHO and various States that have appeared before the Court in this matter.

Questions of knowledge, morality and legality in the use of nuclear weapons, considered in the context of 1995, are thus vastly different from those questions considered in the context of 1945, and need a totally fresh approach in the light of this immense quantity of information. This additional information has a deep impact upon the question of the legality now before the Court.

Action with full knowledge of the consequences of one's act is totally different in law from the same action taken in ignorance of its consequences. Any nation using the nuclear weapon today cannot be heard to say that it does not know its consequences. It is only in the context of this knowledge that the question of legality of the use of nuclear weapons can be considered in 1996.

6. Do Hiroshima and Nagasaki Show that Nuclear War Is Survivable?

Over and above all these specific aspects of the rules of humanitarian law, and in a sense welding them together in one overall consideration, is the question of survivability of the target population — indeed, of the human race. Survivability is the limit situation of each individual danger underlying each particular principle of humanitarian law. The extreme situation that is reached if each danger is pressed to the limit of its potential is the situation of non-survivability. We reach that situation with nuclear war. In the fact that nuclear war could spell

[59] Winston Churchill, *The Second World War*, Vol. 6, "Triumph and Tragedy", 1953, p. 63.

chill, que son pays avait fait exploser avec succès une bombe nucléaire expérimentale dans le désert du Nouveau-Mexique, lui a envoyé le message codé suivant: «Nouveau-nés bien arrivés.»[59] Depuis le jour, lourd de conséquences, où l'avènement d'une bombe inconnue a pu, même dans un message codé, être saluée en ces termes, on a énormément appris sur les effets de cette nouvelle arme.

Sans doute en savait-on déjà beaucoup, à l'époque, sur la puissance de la bombe mais des connaissances infiniment plus étendues ont maintenant été acquises sur les effets des bombes nucléaires. Outre les nombreuses études militaires, il faut citer, parmi des centaines d'autres, les études détaillées de l'Organisation mondiale de la Santé et d'autres organisations spécialisées comme l'Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire (IPPNW); les études TTAPS sur l'hiver nucléaire; les études de la Commission scientifique sur les problèmes de l'environnement (SCOPE); celles du Conseil international des unions scientifiques (CIUS); et celles de l'Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR). Une bonne partie de cette documentation a été communiquée à la Cour ou déposée à la bibliothèque de la Cour par l'Organisation mondiale de la Santé et plusieurs des Etats qui se sont présentés devant la Cour dans la présente affaire.

Sous l'angle de l'état des connaissances, de l'acceptabilité morale et de la licéité, la question de l'utilisation des armes nucléaires se pose donc aujourd'hui en termes très différents de ceux de 1945 et doit être analysée dans une perspective tout à fait nouvelle en tenant compte de l'énorme masse de données accumulées. Ces nouvelles données ont une très grande importance s'agissant de la question de la licéité soumise à la Cour.

Un même acte s'apprécie en droit de manière totalement différente selon que son auteur a agi en ayant pleinement conscience des conséquences qui en découlent ou lorsqu'il les ignorait totalement. Un pays qui utilise l'arme nucléaire aujourd'hui ne saurait prétendre qu'il n'est pas au courant des effets à attendre de son acte. C'est en fonction des connaissances de 1996 que la question de la licéité des armes nucléaires doit être examinée.

6. Les bombes d'Hiroshima et de Nagasaki permettent-elles de conclure qu'il est possible de survivre à la guerre nucléaire?

Une question dépasse tous les aspects particuliers des règles du droit humanitaire et en un sens les regroupe tous en une seule, la population cible — en fait la race humaine — a-t-elle une chance de survivre? Cette possibilité de survie marque le point critique de chacun des dangers auxquels répondent les divers principes du droit humanitaire. Le point extrême qui est atteint lorsqu'un danger particulier parvient à son potentiel maximum est le point où il n'y a pas de survie possible. C'est à ce point que conduit la guerre nucléaire. Le fait qu'une telle guerre peut

[59] Winston Churchill, *The Second World War*, vol. 6, *Triumph and Tragedy*, 1953, p. 63.

the end of the human race and of all civilization, all these principles thus coalesce.

A fact that obscures perception of the danger that nuclear war may well be unsurvivable is the experience of Hiroshima and Nagasaki. The fact that nuclear weapons were used in Japan and that that nation emerged from the war resilient and resurgent may lull the observer into a sense of false security that nuclear war is indeed survivable. International law itself has registered this complacency, for there is what may be described as an underlying subliminal assumption that nuclear war has been proved to be survivable.

It is necessary therefore to examine briefly some clear differences between that elementary scenario of a nuclear attack half a century ago and the likely characteristics of a nuclear war today. The following differences may be noted:

1. The bombs used in Hiroshima and Nagasaki were of not more than 15 kilotons explosive power. The bombs available for a future nuclear war will be many multiples of this explosive power.

2. Hiroshima and Nagasaki ended the war. The limit of that nuclear war was the use of two "small" nuclear weapons. The next nuclear war, should it come, cannot be assumed to be so restricted, for multiple exchanges must be visualized.
3. The target country in Hiroshima and Nagasaki was not a nuclear power. Nor were there any other nuclear powers to come to its assistance. A future nuclear war, if it occurs, will be in a world bristling with nuclear weapons which exist, not for display, but for a purpose. The possibility of even a minute fraction of those weapons being called into service is therefore an ever present danger to be reckoned with in a future nuclear war.

4. Hiroshima and Nagasaki, important though they were, were not the nerve centres of Japanese government and administration. Major cities and capitals of the warring States are likely to be targeted in a future nuclear war.

5. Major environmental consequences such as the nuclear winter — which could result from a multiple exchange of nuclear weapons — could not result from the "small" bombs used in Hiroshima and Nagasaki.

Hiroshima and Nagasaki thus do not prove the survivability of nuclear war. They are, rather, a forewarning on a minuscule scale of the dangers to be expected in a future nuclear war. They remove any doubt that might have existed, had the question of the legality of nuclear weapons been argued on the basis of scientific data alone, without a practical demonstration of their effect on human populations.

anéantir la race humaine et toute la civilisation a donc pour conséquence que tous les principes du droit humanitaire doivent être appliqués.

Si le risque qu'il n'y ait, en cas de guerre nucléaire, aucune chance de survie n'est pas toujours clairement perçu, c'est en raison de ce qui s'est passé après Hiroshima et Nagasaki. Le fait que des armes nucléaires ont été utilisées au Japon et que ce pays a résisté à la guerre et en est sorti plus dynamique et plus fort peut donner à l'observateur l'illusion rassurante qu'il est possible de survivre à la guerre nucléaire. Cette vision complaisante s'est insinuée jusque dans le droit international car il existe un vague sentiment que la preuve a été faite qu'il est possible de survivre à la guerre nucléaire.

Il faut donc passer brièvement en revue quelques-uns des points sur lesquels le scénario minimaliste d'une attaque nucléaire remontant à un demi-siècle diffère manifestement de ce que serait vraisemblablement une guerre nucléaire aujourd'hui. Les différences suivantes sont à noter:

1) Les bombes employées à Hiroshima et à Nagasaki avaient une puissance qui ne dépassaient pas 15 kilotonnes. Les bombes susceptibles d'être utilisées dans le cadre d'une guerre nucléaire auront une puissance infiniment supérieure.
2) Hiroshima et Nagasaki ont mis fin à la guerre. Cette guerre nucléaire étant limitée à l'utilisation de deux bombes nucléaires de petite taille. Rien ne permet de supposer que la prochaine guerre nucléaire, si elle a lieu, sera aussi limitée car des échanges multiples sont à prévoir.
3) Le pays cible, dans le cas d'Hiroshima et de Nagasaki, n'était pas une puissance dotées d'armes nucléaires. Et il n'y avait pas d'autre puissance dotée d'armes nucléaires qui était prête à lui venir en aide. La guerre nucléaire de demain, si elle a lieu, aura pour théâtre un monde où il existe une multiplicité d'armes nucléaires, qui ne sont pas là sans raison. La possibilité qu'une fraction de cet arsenal, si petite soit-elle, entre en action crée donc un risque permanent dont il faut tenir compte dans le contexte d'une éventuelle guerre nucléaire.
4) Les villes d'Hiroshima et de Nagasaki, si importantes fussent-elles, n'étaient pas les centres nerveux du gouvernement et de l'administration du Japon. Ce sont probablement les grandes villes et les capitales des pays belligérants qui seront visées dans le contexte d'une éventuelle guerre nucléaire.
5) Les dommages catastrophiques à l'environnement comme l'hiver nucléaire que pourrait causer un échange multiple de bombes n'étaient pas à craindre dans le cas des bombes de petite taille utilisées à Hiroshima et à Nagasaki.

Hiroshima et Nagasaki ne prouvent donc pas qu'il soit possible de survivre à la guerre nucléaire. Elles préfigurent plutôt, à une échelle très réduite, les dangers inhérents à une éventuelle guerre nucléaire. Elles fournissent la réponse à des questions qui auraient pu susciter des doutes s'il avait fallu examiner le problème de la licéité des armes nucléaires sur la base des seules données scientifiques sans pouvoir s'appuyer sur une démonstration pratique de leurs effets sur la population.

Every one of the evils which the rules of humanitarian law are designed to prevent thus comes together in the questions of survival attendant on the future use of nuclear weapons in war.

7. A Perspective from the Past

This section of the present opinion has surveyed in the broadest outline the effects of the bomb in the light of the known results of its use and in the light of scientific information available today. The non-conformity of the bomb with the norms of humanitarian law and, indeed, with the basic principles of international law seems upon this evidence to be self-evident, as more fully discussed later in this opinion.

It adds a sense of perspective to this discussion to note that even before the evidence of actual use, and even before the wealth of scientific material now available, a percipient observer was able, while the invention of the nuclear bomb still lay far in the distance, to detect the antithesis between the nuclear bomb and every form of social order — which would of course include international law. H. G. Wells, in *The World Set Free*, visualized the creation of the bomb on the basis of information already known in 1913 resulting from the work of Einstein and others on the correlation of matter and energy. Projecting his mind into the future with remarkable prescience, he wrote in 1913:

> "The atomic bombs had dwarfed the international issues to complete insignificance . . . we speculated upon the possibility of stopping the use of these frightful explosives before the world was utterly destroyed. For to us it seemed quite plain these bombs, and the still greater power of destruction of which they were the precursors, might quite easily shatter every relationship and institution of mankind."[60]

The power that would be unleashed by the atom was known theoretically in 1913. That theoretical knowledge was enough, even without practical confirmation, to foresee that the bomb could shatter every human relationship and institution. International law is one of the most delicate of those relationships and institutions.

It seems remarkable that the permissibility of the weapon under international law is still the subject of serious discussion, considering that the power of the bomb was awesomely demonstrated 40 years after its consequences were thus seen as "quite plain", and that the world has had a further 50 years of time for reflection after that event.

---

[60] H. G. Wells, *The First Men in the Moon* and *The World Set Free*, Literary Press, London, undated reprint of 1913 ed., p. 237. See, also, the reference to Wells in R. J. Lifton and Richard Falk, *Indefensible Weapons*, 1982, p. 59.

Ainsi donc, tous les maux que les règles du droit humanitaire visent à prévenir sont à prendre en considération dans l'examen des questions de survie que soulève l'utilisation éventuelle des armes nucléaires dans une situation de guerre.

7. Une vision venant du passé

J'arrive ainsi au terme de la section de la présente opinion où j'ai analysé le plus largement possible les effets de la bombe sur la base des résultats connus de son emploi et des données scientifiques disponibles. La non-conformité de la bombe avec les normes du droit humanitaire et, de fait, avec les principes fondamentaux du droit international semble donc tout à fait évidente — et je reviendrai plus loin sur ce point.

Pour situer le problème dans une perspective plus vaste, il convient de rappeler que, bien que n'ayant pas été témoin de l'utilisation effective de l'arme nucléaire et bien que n'ayant pas accès à la masse de données scientifiques aujourd'hui disponibles, un observateur perspicace a su, longtemps avant l'invention de la bombe, en percevoir l'incompatibilité avec toute forme d'ordre social, notion qui englobe bien sûr le droit international. Dans *The World Set Free*, H. G. Wells, partant de ce que l'on savait déjà en 1913 grâce aux travaux d'Einstein et d'autres savants sur la corrélation entre la matière et l'énergie, a eu la prémonition de la création de la bombe. Se projetant dans l'avenir avec une remarquable prescience, il écrivait en 1913:

> «Les bombes atomiques avaient réduit les problèmes internationaux à l'insignifiance totale ... nous avons réfléchi à la possibilité d'empêcher l'utilisation de ces effroyables engins avant que le monde ne soit entièrement détruit. Car il nous paraît tout à fait évident que ces bombes, et le pouvoir destructeur encore plus grand auquel elles ouvrent la voie, pourraient très facilement saper tout le système de relations et d'institutions de l'humanité.»[60]

Dès 1913, la puissance que recelait l'atome était théoriquement connue. Sur cette base et en l'absence de toute confirmation pratique, on a pu prévoir que la bombe était capable de saper tout le système de relations et d'institutions de l'humanité. Le droit international est l'un des éléments les plus fragiles de ce système.

Il est remarquable que la question de savoir si l'arme est permise au regard du droit international continue d'être sérieusement débattue alors même que la preuve de sa puissance a été, quarante ans après que les conséquences à en attendre auront été qualifiées de «tout à fait évidentes», administrée de façon terrifiante et alors même que le monde a disposé, depuis, d'un nouveau délai de réflexion de cinquante ans.

[60] H. G. Wells, *The First Men in the Moon* et *The World Set Free*, Literary Press, Londres, réimpression non datée de l'édition de 1913, p. 237. Voir aussi l'allusion à Wells dans R. J. Lifton et Richard Falk, *Indefensible Weapons*, 1982, p. 59.

III. Humanitarian Law

It could indeed be said that the principal question before the Court is whether the nuclear weapon can in any way be reconciled with the basic principles of humanitarian law.

The governance of nuclear weapons by the principles of humanitarian law has not been in doubt at any stage of these proceedings, and has now been endorsed by the unanimous opinion of the Court (para. 105 (2) D). Indeed, most of the States contending that the use of nuclear weapons is lawful have acknowledged that their use is subject to international humanitarian law.

Thus the Russian Federation has stated:

> "Naturally, all that has been said above does not mean that the use of nuclear weapons is not limited at all. Even if the use of nuclear weapons is in principle justifiable — in individual or collective self-defence — that use shall be made within the framework of limitations imposed by humanitarian law with respect to means and methods of conducting military activities. It is important to note that with respect to nuclear weapons those limitations are limitations under customary rather than treaty law." (Written Statement, p. 18.)

The United States states:

> "The United States has long taken the position that various principles of the international law of armed conflict would apply to the use of nuclear weapons as well as to other means and methods of warfare. This in no way means, however, that the use of nuclear weapons is precluded by the law of war. As the following will demonstrate, the issue of the legality depends on the precise circumstances involved in any particular use of a nuclear weapon." (Written Statement, p. 21.)

So, also, the United Kingdom:

> "It follows that the law of armed conflict by which the legality of any given use of nuclear weapons falls to be judged includes all the provisions of customary international law (including those which have been codified in Additional Protocol I) and, where appropriate, of conventional law but excludes those provisions of Protocol I which introduced new rules into the law." (Written Statement, p. 46, para. 3.55.)

The subordination of nuclear weapons to the rules of humanitarian law has thus been universally recognized, and now stands judicially confirmed as an incontrovertible principle of international law.

It remains then to juxtapose the leading principles of humanitarian law against the known results of nuclear weapons, as already outlined. When

III. Droit humanitaire

On peut dire que la principale question dont la Cour est saisie est de savoir si les armes nucléaires sont, à un degré quelconque, compatibles avec les principes fondamentaux du droit humanitaire.

L'application aux armes nucléaires des principes du droit humanitaire n'a été contestée à aucun stade de la procédure et a maintenant été confirmée par l'avis unanime de la Cour (alinéa D du paragraphe 2 du dispositif). La plupart des Etats qui soutiennent que l'emploi des armes nucléaires est licite ont d'ailleurs reconnu que leur utilisation est soumise aux règles du droit international humanitaire.

Ainsi la Fédération de Russie a déclaré:

> «Bien entendu, les développements qui précèdent ne signifient pas que l'emploi des armes nucléaires n'est assujetti à aucune limitation. Même si leur emploi est en principe justifiable — en état de légitime défense individuelle ou collective — il doit s'insérer dans le cadre des restrictions imposées par le droit humanitaire en ce qui concerne les moyens et méthodes de conduite des activités militaires. Il est important de noter que, s'agissant des armes nucléaires, ces restrictions découlent du droit coutumier plutôt que du droit conventionnel.» (Exposé écrit, p. 18.)

Les Etats-Unis d'Amérique se sont exprimés dans les termes suivants:

> «La position des Etats-Unis, qui n'est pas nouvelle, est que les divers principes du droit international des conflits armés s'appliquent à l'emploi des armes nucléaires comme ils s'appliquent à l'ensemble des autres méthodes et moyens de guerre. Mais cela ne signifie pas que l'emploi des armes nucléaires soit interdit par le droit de la guerre. Comme le démontre la suite du présent exposé, la réponse à la question de la licéité dépend des circonstances précises qui entourent un cas déterminé d'emploi d'une arme nucléaire.» (Exposé écrit, p. 21.)

Et le Royaume-Uni le fit ainsi:

> «Il s'ensuit de là que le droit des conflits armés par rapport auquel la licéité d'un emploi déterminé de bombes nucléaires doit s'apprécier englobe toutes les dispositions du droit international coutumier (y compris celles qui ont été codifiées dans le protocole additionnel I) et, le cas échéant, du droit conventionnel, à l'exclusion toutefois des dispositions du protocole I qui ont introduit de nouvelles règles dans le droit.» (Exposé écrit, p. 46, par. 3.55.)

La subordination des armes nucléaires aux règles du droit humanitaire est donc universellement reconnue et a maintenant été confirmée sur le plan judiciaire en tant que principe indiscutable du droit international.

Il faut donc maintenant mettre en regard les grands principes du droit humanitaire et les effets avérés des bombes nucléaires qui ont été décrits

the principles and the facts are lined up alongside each other, the total incompatibility of the principles with the facts leads inescapably to but one conclusion — that nuclear weapons are inconsistent with humanitarian law. Since they are unquestionably governed by humanitarian law, they are unquestionably illegal.

Among the prohibitions of international humanitarian law relevant to this case are the prohibitions against weapons which cause superfluous injury, weapons which do not differentiate between combatants and civilians, and weapons which do not respect the rights of neutral States.

A more detailed consideration follows.

1. "Elementary Considerations of Humanity"

This phrase gives expression to a core concept of humanitarian law. Is the conduct of a State in any given situation contrary to the elementary considerations of humanity? One need go no further than to formulate this phrase, and then recount the known results of the bomb as outlined above. The resulting contrast between light and darkness is so dramatic as to occasion a measure of surprise that their total incompatibility has even been in doubt.

One wonders whether, in the light of common sense, it can be doubted that to exterminate vast numbers of the enemy population, to poison their atmosphere, to induce in them cancers, keloids and leukaemias, to cause congenital defects and mental retardation in large numbers of unborn children, to devastate their territory and render their food supply unfit for human consumption — whether acts such these can conceivably be compatible with "elementary considerations of humanity". Unless one can in all conscience answer such questions in the affirmative, the argument is at an end as to whether nuclear weapons violate humanitarian law, and therefore violate international law.

President Woodrow Wilson, in an address delivered to a joint session of Congress on 2 April 1917, gave elegant expression to this concept when he observed:

> "By painful stage after stage has that law been built up, with meager enough results, indeed, . . . but always with a clear view, at least, of what the heart and conscience of mankind demanded."[61]

In relation to nuclear weapons, there can be no doubt as to "what the heart and conscience of mankind" demand. As was observed by another

[61] Address of the President of the United States at a Joint Session of the Two Houses of Congress, 2 April 1917, reprinted in *American Journal of International Law*, 1917, Vol. 11, Supp., p. 144. The President was speaking in the context of the indiscriminate German submarine attacks on shipping which he described as "a warfare against mankind".

plus haut. Une fois rapprochés les principes et les faits, leur incompatibilité totale ne peut aboutir qu'à une seule conclusion — que les armes nucléaires sont incompatibles avec le droit humanitaire. Puisqu'elles sont sans conteste régies par le droit humanitaire, elles sont sans conteste illicites.

Parmi les interdictions du droit international humanitaire qui sont pertinentes dans la présente affaire figurent l'interdiction des armes causant des maux superflus, des armes qui ne font pas de distinction entre la population civile et les combattants et des armes qui ne permettent pas de respecter les droits des Etats neutres.

Je vais maintenant analyser plus en détails ces considérations.

1. Les «considérations élémentaires d'humanité»

Cette formule est la traduction d'une notion clé du droit humanitaire. La conduite d'un Etat dans une situation donnée est-elle contraire aux considérations élémentaires d'humanité? Il suffit d'évoquer cette formule et de rappeler les résultats avérés de la bombe décrits plus haut pour que la contradiction éclate au grand jour. L'opposition est si radicale qu'on peut s'étonner qu'elle ait même pu être mise en doute.

Peut-on soutenir, en toute logique, qu'exterminer massivement les habitants du pays ennemi, empoisonner l'air qu'ils respirent, provoquer chez eux des cancers, des tumeurs chéloïdes et des leucémies, exposer un grand nombre de leurs descendants à des risques de malformations congénitales et d'arriération mentale, dévaster leur territoire et rendre leurs produits alimentaires impropres à la consommation, peut-on soutenir que des actes de ce genre sont compatibles avec les «considérations élémentaires d'humanité»? A moins d'être prêt à répondre en conscience à ces questions par l'affirmative, on doit reconnaître qu'il n'y a plus place pour aucune discussion sur le point de savoir si les armes nucléaires violent le droit humanitaire, et donc le droit international.

Le président Woodrow Wilson, dans un discours prononcé lors d'une séance conjointe du Congrès le 2 avril 1917, a très bien formulé cette idée lorsqu'il a dit:

> «Progressivement et laborieusement, l'effort de développement de ce droit s'est poursuivi, avec des résultats certes bien modestes ... mais toujours, du moins, en pleine connaissance de ce que le cœur et la conscience de l'humanité exigeaient.»[61]

S'agissant des armes nucléaires, il ne peut pas y avoir le moindre doute sur ce que «le cœur et la conscience de l'humanité» exigent. Un autre

[61] Discours prononcé le 2 avril 1917 par le président des Etats-Unis d'Amérique à une séance conjointe des deux chambres du Congrès, réimprimé dans *American Journal of International Law*, 1917, vol. 11, suppl., p. 144. Les paroles du président étaient inspirées par les attaques des sous-marins allemands contre les navires de guerre et les navires marchands indistinctement; il a parlé dans ce contexte de «guerre contre l'humanité».

American President, President Reagan, "I pray for the day when nuclear weapons will no longer exist anywhere on earth."[62] That sentiment, shared by citizens across the world — as set out elsewhere in this opinion — provides the background to modern humanitarian law, which has progressed from the time when President Wilson described its results as "meager . . . indeed".

The ensuing portions of this opinion are devoted to an examination of the present state of development of the principles of humanitarian law.

2. Multicultural Background to the Humanitarian Laws of War

It greatly strengthens the concept of humanitarian laws of war to note that this is not a recent invention, nor the product of any one culture. The concept is of ancient origin, with a lineage stretching back at least three millennia. As already observed, it is deep-rooted in many cultures — Hindu, Buddhist, Chinese, Christian, Islamic and traditional African. These cultures have all given expression to a variety of limitations on the extent to which any means can be used for the purposes of fighting one's enemy. The problem under consideration is a universal problem, and this Court is a universal Court, whose composition is required by its Statute to reflect the world's principal cultural traditions[63]. The multicultural traditions that exist on this important matter cannot be ignored in the Court's consideration of this question, for to do so would be to deprive its conclusions of that plenitude of universal authority which is available to give it added strength — the strength resulting from the depth of the tradition's historical roots and the width of its geographical spread[64].

Of special relevance in connection with nuclear weapons is the ancient South Asian tradition regarding the prohibition on the use of hyper-destructive weapons. This is referred to in the two celebrated Indian epics, the *Ramayana* and the *Mahabharatha*, which are known and regularly re-enacted through the length and breadth of South and South-East Asia, as part of the living cultural tradition of the region. The references in these two epics are as specific as can be on this principle, and they relate to a historical period around three thousand years ago.

---

[62] Speech of 16 June 1983, referred to by Robert S. McNamara, *op. cit.*, p. 60.

[63] I note in this context the sad demise of our deeply respected Latin American colleague, Judge Andrés Aguilar-Mawdsley, six days before the hearings of the case commenced, thus reducing the Court to fourteen, and depriving its composition of a Latin American component.

[64] As observed in a contemporary study of the development of international humanitarian law, there is evidence "of efforts made by every people in every age to reduce the devastation of war" (Herczegh, *op. cit.*, p. 14).

président des Etats-Unis, le président Reagan, a déclaré: «J'appelle de tous mes vœux le jour où il ne restera plus d'armes nucléaires nulle part sur la terre.»[62] Cette attitude, qui est aussi — comme le souligne la présente opinion en divers endroits — celle de simples citoyens dans le monde entier, inspire le droit humanitaire moderne, qui a fait des progrès depuis le temps où le président Wilson en qualifiait les résultats de «bien modestes».

La suite de la présente opinion sera consacrée à un examen de l'état actuel de développement des principes du droit humanitaire.

2. L'origine multicuturelle du droit humanitaire de la guerre

Le droit humanitaire de la guerre tire une autorité accrue du fait que, loin d'être une invention récente ou l'émanation d'une culture déterminée, il remonte à des temps anciens et repose sur une tradition trois fois millénaire et que, comme on l'a déjà souligné, il a de profondes racines dans de nombreuses cultures — hindoue, bouddhiste, chinoise, chrétienne, islamique et africaine. Toutes ces cultures ont dégagé une série de restrictions à la possibilité d'employer tel ou tel moyen pour combattre l'ennemi. Le problème à l'examen est universel et la Cour est elle-même une instance universelle dont la composition doit statutairement refléter les principales formes de culture du monde[63]. La Cour ne saurait ne tenir aucun compte en l'espèce des traditions multiculturelles qui existent sur cette importante question; il lui faut au contraire invoquer dans toute sa plénitude l'autorité universelle dont elle peut se prévaloir pour donner à ses conclusions un poids supplémentaire — le poids que confèrent aux traditions considérées la profondeur de leurs racines historiques et l'ampleur de leur champ géographique[64].

S'agissant des armes nucléaires, la tradition ancestrale de l'Asie du Sud touchant l'interdiction d'employer des armes hyperdestructives est particulièrement pertinente. Cette tradition se reflète dans deux célèbres épopées indiennes, le *Ramayana* et le *Mahabharatha*, qui sont connues et régulièrement représentées dans toute l'Asie du Sud et du Sud-Est où elles font partie du patrimoine culturel vivant des pays de la région. Ces deux épopées ne pourraient pas être plus précises dans leurs références à l'interdiction en question et elles portent sur une histoire vieille de près de trois mille ans.

---

[62] Discours du 16 juin 1983, mentionné par Robert McNamara, *op. cit.*, p. 60.

[63] Je note à ce propos que notre éminent collègue, le juge latino-américain Andrés Aguilar-Mawdsley, est malheureusement décédé six jours avant que ne commencent les audiences dans la présente affaire, ce qui a réduit le nombre des juges à quatorze et privé la Cour de sa composante latino-américaine.

[64] Comme le souligne une étude contemporaine du développement du droit international humanitaire, il apparaît que «des efforts ont été faits par tous les peuples à toutes les époques pour limiter les ravages de la guerre» (Herczegh, *op. cit.*, p. 14).

The *Ramayana*[65] tells the epic story of a war between Rama, prince of Ayodhya in India, and Ravana, ruler of Sri Lanka. In the course of this epic struggle, described in this classic in the minutest detail, a weapon of war became available to Rama's half-brother, Lakshmana, which could "destroy the entire race of the enemy, including those who could not bear arms".

Rama advised Lakshmana that the weapon could not be used in the war

> "because such destruction *en masse* was forbidden by the ancient laws of war, even though Ravana was fighting an unjust war with an unrighteous objective"[66].

These laws of war which Rama followed were themselves ancient in his time. The laws of Manu forbade stratagems of deceit, all attacks on unarmed adversaries and non-combatants, irrespective of whether the war being fought was a just war or not[67]. The Greek historian Megasthenes[68] makes reference to the practice in India that warring armies left farmers tilling the land unmolested, even though the battle raged close to them. He likewise records that the land of the enemy was not destroyed with fire nor his trees cut down[69].

The *Mahabharatha* relates the story of an epic struggle between the Kauravas and the Pandavas. It refers likewise to the principle forbidding hyperdestructive weapons when it records that:

> "Arjuna, observing the laws of war, refrained from using the *'pasupathastra'*, a hyper-destructive weapon, because when the fight was restricted to ordinary conventional weapons, the use of extra-ordinary or unconventional types was not even moral, let alone in conformity with religion or the recognized laws of warfare."[70]

Weapons causing unnecessary suffering were also banned by the Laws of Manu as, for example, arrows with hooked spikes which, after enter-

---

[65] *The Ramayana*, Romesh Chunder Dutt (trans.).

[66] See Nagendra Singh, "The Distinguishable Characteristics of the Concept of the Law as It Developed in Ancient India", in *Liber Amicorum for the Right Honourable Lord Wilberforce*, 1987, p. 93. The relevant passage of *The Ramayana* is *Yuddha Kanda (Sloka)*, VIII.39.

[67] *Manusmrti*, vii, 91, 92.

[68] c. 350 BC-c. 290 BC — ancient Greek historian and diplomat sent on embassies by Seleucus I to Chandragupta Maurya, who wrote the most complete account of India then known to the Greek world.

[69] Megasthenes, *Fragments*, cited in N. Singh, *Juristic Concepts of Ancient Indian Polity*, 1980, pp. 162-163.

[70] *Mahabharatha, Udyog Parva*, 194.12, cited in Nagendra Singh, "The Distinguishable Characteristics of the Concept of Law as It Developed in Ancient India", *op. cit.*, p. 93.

Le *Ramayana*[65] raconte l'histoire héroïque d'une guerre entre Rama, prince d'Ayodhya en Inde, et Ravana, souverain du Sri Lanka. Au cours de cette lutte épique, que ce classique décrit dans le moindre détail, le demi-frère de Rama, Lakshmana, vint à acquérir un engin de guerre qui pouvait «détruire toute la race de l'ennemi, y compris ceux qui ne pouvaient porter les armes».

Rama fit valoir à Lakshmana que l'engin ne pouvait être utilisé dans le combat

> «parce que ce type de destruction massive était interdit par les lois de la guerre héritées du passé même si Ravana cherchait à atteindre, par une guerre injuste, un objectif contraire au droit»[66].

Les lois de la guerre auxquelles Rama se conformait étaient, déjà à son époque, des lois traditionnelles. Les lois de Manu interdisaient le recours aux stratagèmes et à la ruse ainsi que toute attaque contre des adversaires sans armes et des non-combattants et, ce, que la guerre soit juste ou injuste[67]. L'historien grec Megasthenes[68] rapporte qu'il était d'usage en Inde que les armées en lutte épargnent les paysans travaillant dans leurs champs, même si la bataille faisait rage tout près d'eux. Il signale en outre que la terre de l'adversaire n'était pas détruite par le feu ni ses arbres abattus[69].

Le *Mahabharatha* est le récit d'une lutte épique entre les Kauravas et les Pandavas qui évoque, lui aussi, le principe interdisant les armes hyperdestructives lorsqu'il signale que:

> «Arjuna, se conformant aux lois de la guerre, s'abstint d'utiliser le «*pasupathastra*», une arme hyperdestructive, au motif que, dès lors que le combat ne faisait appel qu'aux armes classiques ordinaires, l'emploi d'armes extraordinaires ou non classiques eût été non seulement contraire à la religion ou aux lois de la guerre reconnues, mais immoral.»[70]

Les armes causant des maux superflus ont également été bannies par les lois de Manu qui mentionnent par exemple les flèches avec pointe à

---

[65] *The Ramayana*, traduction française basée sur la traduction de Romesh Chunder Dutt.

[66] Voir Nagendra Singh, «The Distinguishable Characteristics of the Concept of Law as It Developed in Ancient India», dans *Liber Amicorum for the Right Honourable Lord Wilberforce*, 1987, p. 93. Le passage pertinent du *Ramayana* se trouve dans *Yuddah Kanda* (*Sloka*), VIII.39.

[67] *Manusmrti*, vii, 91, 92.

[68] Approx. 350 av. J.-C.-290 av. J.-C. Historien et diplomate de la Grèce ancienne, envoyé en ambassade par Seleucos I à Chandragupta Maurya, il est l'auteur du compte rendu le plus complet sur l'Inde que connût alors le monde grec.

[69] Megasthenes, *Fragments*, cité dans N. Singh, *Juristic Concepts of Ancient Indian Polity*, 1980, p. 162-163.

[70] *Mahabharatha, Udyog Parva*, 194.12, cité dans Nagendra Singh, «The Distinguishable Characteristics of the Concept of Law as It Developed in Ancient India», *op. cit.*, p. 93.

ing the body would be difficult to take out, or arrows with heated or poisoned tips[71].

The environmental wisdom of ancient Judaic tradition is also reflected in the following passage from Deuteronomy (20:19):

> "When you are trying to capture a city, do not cut down its fruit trees, even though the siege lasts a long time. Eat the fruit but do not destroy the trees. *The trees are not your enemies.*" (Emphasis added.)

Recent studies of warfare among African peoples likewise reveal the existence of humanitarian traditions during armed conflicts, with moderation and clemency shown to enemies[72]. For example, in some cases of traditional African warfare, there were rules forbidding the use of particular weapons and certain areas had highly developed systems of etiquette, conventions, and rules, both before hostilities commenced, during hostilities, and after the cessation of hostilities — including a system of compensation[73].

In the Christian tradition, the Second Lateran Council of 1139 offers an interesting illustration of the prohibition of weapons which were too cruel to be used in warfare — the crossbow and the siege machine, which were condemned as "deadly and odious to God"[74]. Nussbaum, in citing this provision, observes that, it "certainly appears curious in the era of the atomic bomb". There was a very early recognition here of the dangers that new techniques were introducing into the field of battle. Likewise, in other fields of the law of war, there were endeavours to bring it within some forms of control as, for example, by the proclamation of "Truces of God" — days during which feuds were not permitted which were expanded in some church jurisdictions to periods from sunset on Wednesday to sunrise on Monday[75].

Gratian's *Decretum* in the twelfth century was one of the first Christian works dealing with these principles, and the ban imposed by the Second Lateran Council was an indication of the growing interest in the subject. However, in Christian philosophy, while early writers such as St. Augustine examined the concept of the just war *(jus ad bellum)* in great detail, the *jus in bello* was not the subject of detailed study for some centuries.

Vitoria gathered together various traditions upon the subject, including traditions of knightly warfare from the age of chivalry; Aquinas

---

[71] *Manusmrti*, VII.90, cited in N. Singh, *India and International Law*, 1973, p. 72.

[72] See Y. Diallo, *Traditions africaines et droit humanitaire*, 1978, p. 16; E. Bello, *African Customary Humanitarian Law*, ICRC, 1980, both referred to in Herczegh, *op. cit.*, p. 14.

[73] Bello, *op. cit.*, pp. 20-21.

[74] Resolutions of the Second Lateran Council, Canon XXIX, cited by Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, 1947, p. 25.

[75] *Ibid.*, p. 26.

barbillons qui, une fois entrées dans le corps, seraient difficiles à extirper ou les flèches aux pointes rougies au feu ou empoisonnées[71].

La sagesse de la tradition judaïque ancienne se reflète, pour ce qui est de l'environnement, dans le passage ci-après du Deutéronome (20:19):

> «Lorsque tu tentes de capturer une ville, n'abats pas ses arbres fruitiers même si le siège dure longtemps. Mange les fruits mais ne détruis pas les arbres. *Les arbres ne sont pas tes ennemis.*» (Les italiques sont de moi.)

Des études récentes sur la conduite de la guerre chez les peuples africains révèlent de même l'existence de traditions humanitaires dans le cadre des conflits armés, les adversaires étant traités avec modération et clémence[72]. Par exemple, il y avait en Afrique un art de la guerre traditionnel qui prévoyait dans certains cas l'interdiction d'armes déterminées et certaines régions appliquaient, la veille, au cours et au lendemain des hostilités, un cérémonial, des conventions et des règles très complexes — un système d'indemnisation étant même prévu[73].

Dans la tradition chrétienne, le deuxième concile de Latran tenu en 1139 mérite une mention spéciale pour avoir interdit les armes trop cruelles pour être utilisées au combat, l'arbalète et les machines de siège, condamnées comme «meurtrières et odieuses au Seigneur»[74]. Nussbaum, citant cette clause, observe qu'elle «paraît certainement curieuse à l'ère de la bombe atomique». Elle montre qu'on s'est très tôt rendu compte des dangers que comportait l'introduction de techniques nouvelles sur le champ de bataille. Dans d'autres domaines du droit de la guerre, des efforts ont été faits pour imposer certains contrôles, par exemple, par la proclamation de «trêves de Dieu» qui interdisaient les combats certains jours de la semaine et qui pouvaient se prolonger, selon les diocèses, du mercredi au coucher du soleil jusqu'au lundi à l'aube[75].

Le décret de Gratien, au XII[e] siècle, a été l'un des premiers écrits chrétiens à traiter de ces principes et l'interdiction de certaines armes imposée par le deuxième concile de Latran témoigne de l'intérêt croissant suscité par la question. S'agissant de la philosophie chrétienne, on notera que si la notion de guerre juste *(jus ad bellum)* a été très tôt examinée très en détail par des penseurs comme saint Augustin, il a fallu attendre plusieurs siècles pour que le *jus in bello* fasse l'objet d'études approfondies.

Vitoria a recueilli des traditions de diverses origines sur le sujet et, en particulier, les traditions guerrières de l'époque de la chevalerie; saint

---

[71] *Manusmrti*, VII.90, cité dans N. Singh, *India and International Law*, 1973, p. 72.

[72] Voir Y. Diallo, *Traditions africaines et droit humanitaire*, 1978, p. 16; E. Bello, *African Customary Humanitarian Law*, CICR, 1980, l'un et l'autre mentionnés dans Herczegh, *op. cit.*, p. 14.

[73] Bello, *op. cit.*, p. 20-21.

[74] Résolutions du deuxième concile de Latran, canon XXIX, cité par Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, 1947, p. 25.

[75] *Ibid.*, p. 26.

worked out a well-developed doctrine relating to the protection of non-combatants; and other writers fed the growing stream of thought upon the subject.

In the Islamic tradition, the laws of war forbade the use of poisoned arrows or the application of poison on weapons such as swords or spears[76]. Unnecessarily cruel ways of killing and mutilation were expressly forbidden. Non-combatants, women and children, monks and places of worship were expressly protected. Crops and livestock were not to be destroyed[77] by anyone holding authority over territory. Prisoners were to be treated mercifully in accordance with such Qur'anic passages as "Feed for the love of Allah, the indigent, the orphan *and the captive.*"[78] So well developed was Islamic law in regard to conduct during hostilities that it ordained not merely that prisoners were to be well treated, but that if they made a last will during captivity, the will was to be transmitted to the enemy through some appropriate channel[79].

The Buddhist tradition went further still, for it was totally pacifist, and would not countenance the taking of life, the infliction of pain, the taking of captives or the appropriation of another's property or territory in any circumstances whatsoever. Since it outlaws war altogether, it could under no circumstances lend its sanction to weapons of destruction — least of all to a weapon such as the nuclear bomb.

> "According to Buddhism there is nothing that can be called a 'just war' — which is only a false term coined and put into circulation to justify and excuse hatred, cruelty, violence and massacre. Who decides what is just and unjust? The mighty and the victorious are 'just', and the weak and the defeated are 'unjust'. Our war is always 'just' and your war is always 'unjust'. Buddhism does not accept this position."[80]

In rendering an advisory opinion on a matter of humanitarian law concerning the permissibility of the use of force to a degree capable of destroying all of humanity, it would be a grave omission indeed to neglect the humanitarian perspectives available from this major segment of the world's cultural traditions[81].

---

[76] See N. Singh, *India and International Law, op. cit.*, p. 216.

[77] *Qur'an*, II.205.

[78] *Ibid.*, LXXVII.8; emphasis added.

[79] S. R. Hassan, *The Reconstruction of Legal Thought in Islam*, 1974, p. 177. See, generally, Majid Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, 1955. For a brief summary of the Islamic law relating to war, see C. G. Weeramantry, *Islamic Jurisprudence: Some International Perspectives*, 1988, pp. 134-138.

[80] Walpola Rahula, *What the Buddha Taught*, 1959, p. 84.

[81] On Buddhism and international law, see, generally, K. N. Jayetilleke, "The Principles of International Law in Buddhist Doctrine", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 120 (1967-I), pp. 441-567.

Thomas d'Aquin a élaboré une doctrine très détaillée sur la protection des non-combattants; et d'autres auteurs ont alimenté le courant de pensée de plus en plus développé engendré par la question.

Dans la tradition islamique, les lois de la guerre interdisaient d'employer les flèches empoisonnées ainsi que d'enduire de poison les armes telles que lances ou épées[76]. Il était formellement prohibé d'utiliser pour tuer des procédés inutilement cruels et de pratiquer des mutilations. Les non-combattants, les femmes et les enfants, les moines et les lieux de culte étaient expressément protégés. Les récoltes et le bétail devaient être épargnés[77] par quiconque avait le contrôle d'un territoire. Les prisonniers devaient être traités avec clémence conformément à des préceptes coraniques tels que: «Nourris, pour l'amour d'Allah, l'indigent, l'orphelin *et le captif.*»[78] Le droit islamique était si développé en ce qui concerne la conduite à observer pendant les hostilités qu'il ordonnait non seulement que les prisonniers soient bien traités mais aussi que, s'ils exprimaient leurs dernières volontés pendant leur captivité, celles-ci soient communiquées à l'ennemi par la voie appropriée[79].

La tradition bouddhiste allait encore plus loin car elle était totalement pacifiste et interdisait de tuer, d'infliger des souffrances, de faire des prisonniers ou de s'emparer des biens ou du territoire d'autrui, en toutes circonstances. Puisqu'elle bannit totalement la guerre, elle ne pourrait en aucun cas donner son aval aux armes de destruction — surtout à une arme telle que la bombe nucléaire:

> «Pour le bouddhisme, il n'y a pas de «guerre juste», notion fallacieuse imaginée et propagée pour justifier et excuser la haine, la cruauté, la violence et l'extermination. Qui détermine ce qui est juste et injuste? Les puissants et les vainqueurs sont «justes» et les faibles et les vaincus sont «injustes». Notre guerre est toujours «juste» et votre guerre toujours «injuste». Le bouddhisme n'accepte pas ce point de vue.»[80]

Dans un avis consultatif sur une question de droit humanitaire touchant la licéité de l'emploi de la force au point de menacer l'humanité tout entière de destruction, ce serait une grave erreur de passer sous silence les conceptions humanitaires qui nous viennent de l'une des plus importantes traditions culturelles du monde[81].

---

[76] Voir N. Singh, *India and International Law*, *op. cit.*, p. 216.

[77] *Qur'an*, II.205.

[78] *Ibid.*, LXXVII.8; les italiques sont de moi.

[79] S. R. Hassan, *The Reconstruction of Legal Thought in Islam*, 1974, p. 177. Voir, d'une manière générale, Majid Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, 1955. Pour un aperçu du droit islamique concernant la guerre, voir C. G. Weeramantry, *Islamic Jurisprudence: Some International Perspectives*, 1988, p. 134-138.

[80] Walpola Rahula, *What the Buddha Taught*, 1959, p. 84.

[81] Concernant le bouddhisme et le droit international, voir, d'une manière générale, K. N. Jayetilleke, «The Principles of International Law in Buddhist Doctrine», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 120 (1967), p. 441-567.

Examples of the adoption of humanitarian principles in more recent history are numerous. For example, in the Crimean War in 1855, the use of sulphur was proposed at the Siege of Sebastopol, but would not be permitted by the British Government, just as during the American Civil War the use of chlorine in artillery shells by the Union forces was proposed in 1862, but rejected by the Government[82].

It is against such a varied cultural background that these questions must be considered and not merely as though they are a new sentiment invented in the nineteenth century and so slenderly rooted in universal tradition that they may be lightly overridden.

Grotius' concern with the cruelties of war is reflected in his lament that:

> "when arms were once taken up, all reverence for divine and human law was thrown away, just as if men were thenceforth authorized to commit all crimes without restraint"[83].

The foundations laid by Grotius were broad-based and emphasized the absolute binding nature of the restrictions on conduct in war. In building that foundation, Grotius drew upon the collective experience of humanity in a vast range of civilizations and cultures.

Grotius' encyclopedic study of literature, from which he drew his principles, did not of course cover the vast mass of Hindu, Buddhist and Islamic literature having a bearing on these matters, and he did not have the benefit of this considerable supplementary source, demonstrating the universality and the extreme antiquity of the branch of law we call the *jus in bello*.

3. Outline of Humanitarian Law

Humanitarian principles have long been part of the basic stock of concepts embedded in the corpus of international law. Modern international law is the inheritor of a more than hundred-year heritage of active humanitarian concern with the sufferings of war. This concern has aimed at placing checks upon the tendency, so often prevalent in war, to break every precept of human compassion. It has succeeded in doing so in several specific areas, but animating and underlying all those specific instances are general principles of prevention of human suffering that goes beyond the purposes and needs of war.

---

[82] See L. S. Wolfe, "Chemical and Biological Warfare: Effects and Consequences", *McGill Law Journal*, 1983, Vol. 28, p. 735. See, also, "Chemical Warfare" in *Encyclopaedia Britannica*, 1959, Vol. 5, pp. 353-358.

[83] Grotius, *Prolegomena*, para. 28, trans. Whewell.

Dans l'histoire plus récente, les exemples d'adhésion aux principes humanitaires sont très nombreux. C'est ainsi que pendant la guerre de Crimée, en 1855, il a été proposé lors du siège de Sébastopol l'emploi du soufre, mais le Gouvernement britannique s'y était opposé. De même, pendant la guerre civile américaine, il a été proposé en 1862 de placer du chlore dans les obus utilisés par les forces de l'Union, mais le gouvernement a rejeté cette proposition[82].

C'est dans ce riche contexte culturel qu'il faut replacer les questions à l'étude en se rendant bien compte qu'elles n'ont pas leur origine dans un sentiment nouveau né au siècle dernier et si éloigné de la tradition universelle pour qu'on puisse s'en écarter à la légère.

Face aux cruautés de la guerre, Grotius notait, en le déplorant, que:

> «lorsque les armes commencent à parler, tout respect pour les lois divines et humaines est balayé, comme si les hommes avaient, à partir de là, toute liberté pour commettre tous les crimes»[83].

Les thèses de Grotius avaient une large assise et insistaient sur le caractère absolument contraignant des restrictions applicables à la conduite de la guerre. En élaborant ces thèses, Grotius s'est appuyé sur l'expérience collective de l'humanité puisée dans une large gamme de civilisations et de cultures.

Dans son étude encyclopédique des sources écrites d'où ses principes découlent, Grotius n'a naturellement pas eu accès aux témoignages fournis par les traditions hindoue, bouddhiste et islamique sur les questions à l'étude et a dû travailler sans le bénéfice de cet appoint documentaire considérable d'où il ressort que la branche du droit que nous désignons sous le nom de *jus in bello* est universelle dans ses origines et remonte à la plus haute Antiquité.

3. Aperçu de l'évolution du droit humanitaire

Les principes humanitaires font depuis longtemps partie de la gamme d'idées-forces qui constituent le corpus du droit international. Le droit international moderne est le produit de cent ans d'efforts humanitaires inspirés par les souffrances de la guerre. Ces efforts ont eu pour but de juguler la tendance, si souvent observée en période de conflit, à enfreindre tous les préceptes dictés par la compassion humaine. Ils ont été couronnés de succès dans plusieurs domaines bien précis, mais si ces résultats concrets ont pu être obtenus c'est parce qu'il y avait à la base, et pour donner l'impulsion nécessaire, des principes généraux exigeant que soit évitée toute souffrance humaine excessive par rapport aux buts et aux nécessités de la guerre.

---

[82] Voir L. S. Wolfe, «Chemical and Biological Warfare: Effects and Consequences» *McGill Law Journal*, 1983, vol. 28, p. 735. Voir également «Chemical Warfare», *Encyclopaedia Britannica*, 1959, vol. 5, p. 353-358.

[83] Grotius, *Prolégomènes*, par. 28.

The credit goes to the United States of America for one of the earliest initiatives in reducing humanitarian law to written form for the guidance of its armies. During the War of Secession, President Lincoln directed Professor Lieber to prepare instructions for the armies of General Grant — regulations which Mr. Martens, the delegate of Czar Nicholas II, referred to at the 1899 Peace Conference as having resulted in great benefit, not only to the United States troops but also to those of the Southern Confederacy. Paying tribute to this initiative, Martens described it as an example, of which the Brussels Conference of 1874 convoked by Emperor Alexander II, was "the logical and natural development". This conference in turn led to the Peace Conference of 1899, and in its turn to the Hague Conventions which assume so much importance in this case[84].

The St. Petersburg Declaration of 1868 provided that "the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy" — and many subsequent declarations have adopted and reinforced this principle[85]. It gives expression to a very ancient rule of war accepted by many civilizations[86].

The Martens Clause, deriving its name from Mr. Martens, was, by unanimous vote, inserted into the preamble to the Hague Convention II of 1899, and Convention IV of 1907, with respect to the Laws and Customs of War on Land. It provided that:

> "Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, *in cases not included in the Regulations adopted by them*, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience." (Emphasis added.)

Although the Martens Clause was devised to cope with disagreements among the parties to the Hague Peace Conferences regarding the status of resistance movements in occupied territory, it is today considered applicable to the whole of humanitarian law[87]. It appears in one form or

---

[84] For Martens's speech, see *The Proceedings of the Hague Peace Conferences, op. cit.*, pp. 505-506.

[85] The Hague Regulations of 1899 and 1907, Art. 25; the Hague Convention (IX) of 1907, Art. 1; League of Nations Assembly resolution of 30 September 1928; United Nations General Assembly resolutions 2444 (XXIII) of 19 December 1968 and 2675 (XXV) of 9 December 1970; Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions, Arts. 48 and 51.

[86] See Section V.2. below on "The Aims of War".

[87] See D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995, p. 29.

C'est aux Etats-Unis d'Amérique que revient le mérite d'une des premières initiatives prises pour établir sous une forme écrite les règles du droit humanitaire devant guider la conduite des armées. Pendant la guerre de sécession, le président Lincoln a chargé le professeur Lieber d'élaborer, à l'intention des armées du général Grant, des instructions dont M. de Martens, délégué du tsar Nicolas II à la conférence de la paix de 1899, a dit qu'elles avaient beaucoup amélioré le sort non seulement des troupes des Etats-Unis mais aussi de celles de la confédération sudiste. Rendant hommage à cette initiative, M. de Martens l'a décrite comme un exemple dont la conférence de Bruxelles de 1874 convoquée par l'empereur Alexandre II «a été le développement logique et naturel». Cette conférence est à l'origine de la conférence de la paix de 1899, et des conventions de La Haye qui revêtent tant d'importance en l'espèce[84].

La déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 stipule que «le seul but légitime» de la guerre est «l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi» et de nombreuses déclarations ultérieures ont repris ce principe en le renforçant[85]. Il est l'expression d'une règle très ancienne de la guerre acceptée par de nombreuses civilisations[86].

La clause de Martens, du nom de son auteur, a été insérée, à la suite d'un vote unanime, dans le préambule de la convention II de La Haye de 1899 (et de la convention IV de 1907) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Cette clause se lit comme suit:

> «En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent approprié de déclarer que, *dans les cas qui ne sont pas couverts par des Règlements spécifiques adoptés par elles*, les populations des territoires occupés et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.» (Les italiques sont de moi.)

Bien que la clause de Martens tire son origine de dissensions sur le statut des mouvements de résistance en territoire occupé apparues entre les participants aux conférences de la paix de La Haye, elle est aujourd'hui considérée comme applicable à l'ensemble du droit humanitaire[87]. Elle

[84] Pour le discours de de Martens, voir *Conférence internationale de la paix*, La Haye, 18 mai-29 juillet 1899, *op. cit.*, p. 114.

[85] Règlements de La Haye de 1899 et de 1907, art. 25; convention de La Haye (IX) de 1907, article premier; résolution du 30 septembre 1928 de l'Assemblée de la Société des Nations; résolutions 2444 (XXIII) du 19 décembre 1968 et 2675 (XXV) du 9 décembre 1970 de l'Assemblée générale des Nations Unies; protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949, art. 48 et 51.

[86] Voir, ci-après, la section V, paragraphe 2, sur «Les buts de la guerre».

[87] Voir D. Fleck (dir. publ.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995, p. 29.

another in several major treaties on humanitarian law[88]. The Martens Clause clearly indicates that, behind such specific rules as had already been formulated, there lay a body of general principles sufficient to be applied to such situations as had not already been dealt with by a specific rule[89].

To be read in association with this is Article 22 of the 1907 Hague Regulations which provides that, "The right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited."

These were indications also that international law, far from being insensitive to such far-reaching issues of human welfare, has long recognized the pre-eminent importance of considerations of humanity in fashioning its attitudes and responses to situations involving their violation, however they may occur. These declarations were made, it is to be noted, at a time when the development of modern weaponry was fast accelerating under the impact of technology. It was visualized that more sophisticated and deadly weaponry was on the drawing boards of military establishments throughout the world and would continue to be so for the foreseeable future. These principles were thus meant to apply to weapons existing then as well as to weapons to be created in the future, weapons already known and weapons as yet unvisualized. They were general principles meant to be applied to new weapons as well as old.

The parties to the Geneva Conventions of 1949 expressly recognized the Martens Clause as a living part of international law — a proposition which no international jurist could seriously deny.

As McDougal and Feliciano have observed:

> "To accept as lawful the deliberate terrorization of the enemy community by the infliction of large-scale destruction comes too close to rendering pointless all legal limitations on the exercise of violence."[90]

---

[88] First Geneva Convention 1949, Art. 63, para. 4; Second Geneva Convention, Art. 62, para. 4; Third Geneva Convention, Art. 142, para. 4; Fourth Geneva Convention, Art. 158, para. 4; Inhumane Weapons Convention, 1980, Preamble, para. 5.

[89] At the last meeting of the Fourth Commission of the Peace Conference, on 26 September 1907, Mr. Martens summarized its achievements in terms that,

> "If from the days of antiquity to our own time people have been repeating the Roman adage '*Inter arma silent leges*', we have loudly proclaimed, '*Inter arma vivant leges*'. This is the greatest triumph of law and justice over brute force and the necessities of war." (J. B. Scott, "The Conference of 1907", *The Proceedings of the Hague Peace Conferences*, 1921, Vol. III, p. 914.)

[90] M. S. McDougal and F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, 1961, p. 657.

apparaît sous une forme ou sous une autre dans plusieurs grands traités de droit humanitaire[88]. Elle indique clairement qu'au-delà des règles précises qui ont déjà pu être élaborées, il existe un ensemble de principes généraux suffisamment bien établis pour être susceptibles d'application dans les situations qui ne sont pas encore régies par une règle particulière[89].

Il convient également de mentionner à cet égard, l'article 22 du règlement de La Haye de 1907 qui dispose que «les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi».

Il y a là autant de preuves que le droit international, loin d'être insensible à des problèmes qui ont un tel retentissement sur le bien-être de l'humanité, a depuis longtemps reconnu l'importance capitale des considérations d'humanité dans le choix de ses attitudes et de ses réactions face au non-respect, dans quelque contexte que ce soit, de ces mêmes considérations. Les déclarations évoquées plus haut ont été faites, il faut le rappeler, à une époque où les armements se développaient à un rythme accéléré sous l'impulsion du progrès technique. On présumait qu'un peu partout dans le monde la hiérarchie militaire avait en chantier des armes plus perfectionnées et plus dévastatrices et qu'il en serait ainsi pendant des années. Les principes qui s'élaboraient étaient donc destinés à s'appliquer aux armes existantes comme aux armes à venir, aux armes connues comme aux armes à naître. Il s'agissait de principes généraux conçus en pensant aux armes nouvelles tout autant qu'à celles d'hier.

Les parties aux conventions de Genève de 1949 ont expressément reconnu que la clause de Martens faisait partie du droit international existant — idée qu'aucun juriste international ne peut sérieusement contester.

Comme l'ont souligné McDougal et Feliciano:

> «On ne peut guère admettre la licéité d'actions visant à terroriser délibérément la population de l'adversaire en lui faisant subir des destructions massives sans rendre vaines et sans objet toutes les restrictions juridiques à l'emploi de la violence.»[90]

---

[88] Première convention de Genève de 1949, art. 63, par. 4; deuxième convention de Genève, art. 62, par. 4; troisième convention de Genève, art. 142, par. 4; quatrième convention de Genève, art. 158, par. 4; convention sur les armes inhumaines, 1980, préambule, cinquième alinéa.

[89] A la dernière séance de la quatrième commission de la conférence de la paix tenue le 26 septembre 1907, M. de Martens a résumé le résultat des travaux dans les termes suivants:

> «Si, depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours, on répétait l'adage romain *Inter arma silent leges*, nous avons proclamé hautement *Inter arma vivant leges* ... C'est le plus grand triomphe du droit et de la justice sur la force brutale et les nécessités de la guerre.» (Deuxième conférence internationale de la paix, La Haye, 15 juin-18 octobre 1907, *Actes et documents*, ministère des affaires étrangères, La Haye, Imprimerie nationale, 1907, t. III, p. 924.)

[90] M. S. McDougal et F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, 1961, p. 657.

International law has long distinguished between conventional weapons and those which are unnecessarily cruel. It has also shown a continuing interest in this problem. For example, the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, 1980, dealt in three separate Protocols with such weapons as those which injure by fragments, which in the human body escape detection (Protocol I); Mines, Booby Traps and Other Devices (Protocol II); and Incendiary Weapons (Protocol III).

If international law had principles within it strong enough in 1899 to recognize the extraordinary cruelty of the "dum dum" or exploding bullet as going beyond the purposes of war[91], and projectiles diffusing asphyxiating or deleterious gases as also being extraordinarily cruel[92], it would cause some bewilderment to the objective observer to learn that in 1996 it is so weak in principles that, with over a century of humanitarian law behind it, it is still unable to fashion a response to the cruelties of nuclear weapons as going beyond the purposes of war. At the least, it would seem passing strange that the expansion within the body of a single soldier of a single bullet is an excessive cruelty which international law has been unable to tolerate since 1899, and that the incineration in one second of a hundred thousand civilians is not. This astonishment would be compounded when that weapon has the capability, through multiple use, of endangering the entire human species and all civilization with it.

Every branch of knowledge benefits from a process of occasionally stepping back from itself and scrutinizing itself objectively for anomalies and absurdities. If a glaring anomaly or absurdity becomes apparent and remains unquestioned, that discipline is in danger of being seen as floundering in the midst of its own technicalities. International law is happily not in this position, but if the conclusion that nuclear weapons are illegal is wrong, it would indeed be.

As will appear from the ensuing discussion, international law is not so lacking in resources as to be unable to meet this unprecedented challenge. Humanitarian law is not a monument to uselessness in the face of the nuclear danger. It contains a plethora of principles wide enough, deep enough and powerful enough to handle this problem.

Humanitarian law has of course received recognition from the juris-

[91] International Declaration Respecting Expanding Bullets, signed at The Hague, 29 July 1899.

[92] International Declaration Respecting Asphyxiating Gases, signed at The Hague, 29 July 1899.

Le droit international établit depuis longtemps une distinction entre les armes classiques et celles qui causent des maux superflus. L'intérêt qu'il porte à ce problème ne s'est jamais démenti. C'est ainsi que la convention de 1980 sur l'interdiction et la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination traite dans trois protocoles séparés des armes qui produisent des éclats non localisables impossibles à détecter dans le corps humain (protocole I); des mines, pièges et autres dispositifs (protocole II) et des armes incendiaires (protocole III).

Si le droit international était en 1899 assez vigoureux au niveau des principes pour établir que l'extraordinaire cruauté de la balle dum-dum ou des projectiles qui explosent dans le corps humain était excessive par rapport aux buts de la guerre[91] et que les projectiles diffusant des gaz asphyxiants ou délétères étaient, eux aussi, extraordinairement cruels[92], n'est-il pas surprenant, du point de vue d'un observateur objectif, que ce même droit international soit, en 1996, si faible au niveau des principes qu'avec plus d'un siècle de droit humanitaire à son actif il ne soit toujours pas capable de parvenir à la conclusion que la cruauté des armes nucléaires est excessive par rapport aux buts de la guerre. On peut en tout cas s'étonner, et le mot est faible, que l'emploi contre un seul soldat d'une seule balle dum-dum soit un acte de cruauté excessive que le droit international ne tolère plus depuis 1899 alors que ne l'est pas le fait de réduire en cendres, en une seconde, cent mille civils. Et l'étonnement grandit encore si l'on sait que l'arme en question est capable, en cas d'utilisations multiples, de mettre en danger l'espèce humaine tout entière et toutes les formes de civilisation.

Chaque branche du savoir a intérêt à prendre de temps à autre un peu de recul et à se mettre sans complaisance à la recherche des anomalies ou absurdités qu'elle peut recéler. Si une anomalie ou une absurdité manifeste se révèle et n'est pas contestée, la discipline en question risque fort d'être perçue comme prise au piège de ses propres subtilités. Le droit international n'est heureusement pas dans cette situation, mais il y serait si la conclusion que les armes nucléaires sont illicites devait être jugée erronée.

Comme le montrera l'analyse qui va suivre, le droit international n'est pas si démuni qu'il ne puisse relever ce défi sans précédent. Le droit humanitaire n'est pas une construction inutile face au péril nucléaire. Il offre une multitude de principes assez amples, assez profonds et assez vigoureux pour permettre de résoudre le problème.

Le droit humanitaire a bien sûr reçu la sanction de la jurisprudence de

[91] Déclaration internationale interdisant l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, signée à La Haye le 29 juillet 1899.

[92] Déclaration internationale prohibant l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères, signée à La Haye le 29 juillet 1899.

prudence of this Court (for example, *Corfu Channel, I.C.J. Reports 1949*, p. 22; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua* v. *Honduras), I.C.J. Reports 1988*, p. 114), but this Court has not so far had occasion to examine it in any depth. This case offers it the opportunity *par excellence* for so doing.

4. Acceptance by States of the Martens Clause

The Martens Clause has commanded general international acceptance. It has been incorporated into a series of treaties, as mentioned elsewhere in this opinion, has been applied by international judicial tribunals, has been incorporated into military manuals[93], and has been generally accepted in international legal literature as indeed encapsulating in its short phraseology the entire philosophy of the law of war.

At the Krupp Trial (1948), it was described as:

> "a general clause, making the usages established among civilised nations, the laws of humanity and the dictates of the public conscience into the legal yardstick to be applied if and when the specific provisions of the Convention and the Regulations annexed to it do not cover specific cases occurring in warfare or concomitant to warfare"[94].

The Clause has been described by Lord Wright as furnishing the keynote to the Hague Regulations which particularize a great many war crimes,

> "leaving the remainder to the governing effect of that sovereign clause which does really in a few words state the whole animating and motivating principle of the law of war, and indeed of all law, because the object of all law is to secure as far as possible in the mutual relations of the human beings concerned the rule of law and of justice and of humanity"[95].

The Martens Clause has thus become an established and integral part of the corpus of current customary international law. International law has long passed the stage when it could be debated whether such principles had crystallized into customary international law. No State would today repudiate any one of these principles.

A generally accepted test of recognition of rules of customary international law is that the rule should be "so widely and generally accepted,

---

[93] See Section III.10 *(a)* below.

[94] *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 10, p. 133.

[95] Foreword by Lord Wright to the last volume of the *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 15, p. xiii. See, further, the discussion of the Martens Clause in Singh and McWhinney, *op. cit.*, pp. 46 *et seq.*, referring, *inter alia*, to the two passages cited above.

la Cour internationale de Justice (voir par exemple *Détroit de Corfou, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22; *Actions armées frontalières et transfrontalières* (*Nicaragua c. Honduras*), *C.I.J. Recueil 1988*, p. 114), mais la Cour n'a pas jusqu'à présent été amenée à l'examiner en profondeur. La présente affaire lui offre une occasion idéale de le faire.

4. L'acceptation par les Etats de la clause de Martens

La clause de Martens a recueilli l'assentiment général de la communauté internationale. Elle a, ainsi qu'il est rappelé dans d'autres parties de la présente opinion, été incorporée dans une série de traités, elle a été appliquée par des instances judiciaires internationales, elle a été incorporée dans les manuels militaires[93] et elle a été généralement acceptée par la doctrine internationale comme résumant en quelques lignes toute la philosophie du droit de la guerre.

Au procès Krupp (1948), elle a été décrite comme:

> «une clause générale, qui fait des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique le critère à appliquer au cas où les dispositions de la convention et du règlement qui y est annexé ne couvriraient pas telle ou telle situation survenant au combat ou en marge du combat»[94].

Pour lord Wright, elle exprime la philosophie générale du règlement de La Haye qui identifie un très grand nombre de crimes de guerre

> «et abandonne le reste à l'autorité de cette clause souveraine où se trouvent effectivement définis en quelques mots tout l'esprit et tout le but du droit de la guerre et d'ailleurs de l'ensemble du droit parce que l'objet du droit sous toutes ses formes est de faire prévaloir autant que possible dans les relations mutuelles des êtres humains intéressés les principes du droit et de la justice, ainsi que de l'humanité»[95].

La clause de Martens est donc une composante bien établie du droit international coutumier actuel. Le droit international a depuis longtemps dépassé le stade où l'on pouvait débattre du point de savoir si les principes en cause étaient devenus partie intégrante du droit international coutumier. Aucun Etat ne serait prêt aujourd'hui à renier l'un quelconque de ces principes.

Pour qu'une règle puisse être considérée comme faisant partie du droit international coutumier, il faut, selon un critère admis par beaucoup,

[93] Voir ci-après la section III, paragraphe 10, lettre *a)*.

[94] *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 10, p. 133.

[95] Préface de lord Wright au dernier volume des *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 15, p. xiii. Voir également l'analyse de la clause de Martens figurant dans Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 46 et suiv., qui se réfère notamment aux deux passages cités ci-dessus.

that it can hardly be supposed that any civilized State would repudiate it"[96]. While no State today would repudiate any one of these principles, what seems to be in dispute is the application of those principles to the specific case of nuclear weapons which, for some unarticulated reason, seem to be placed above and beyond the rules applicable to other weapons. If humanitarian law regulates the lesser weapons for fear that they may cause the excessive harm which those principles seek to prevent, it must *a fortiori* regulate the greater. The attempt to place nuclear weapons beyond the reach of these principles lacks the support not only of the considerations of humanity, but also of the considerations of logic.

These considerations are also pertinent to the argument that customary law cannot be created over the objection of the nuclear weapon States (United States Written Statement, p. 9)[97]. The general principles of customary law applicable to the matter commanded the allegiance of the nuclear-weapon States long before nuclear weapons were invented. It is on those general principles that the illegality of nuclear weapons rests.

It seems clear that if the principles are accepted and remain undisputed, the applicability of those principles to the specific case of nuclear weapons cannot reasonably be in doubt.

5. "The Dictates of Public Conscience"

This phraseology, stemming from the Martens Clause, lies at the heart of humanitarian law. The Martens Clause and many subsequent formulations of humanitarian principles recognize the need that strongly held public sentiments in relation to humanitarian conduct be reflected in the law.

The phrase is, of course, sufficiently general to pose difficulties in certain cases in determining whether a particular sentiment is shared widely enough to come within this formulation.

However, in regard to the use or threat of use of nuclear weapons, there is no such uncertainty, for on this issue the conscience of the global community has spoken, and spoken often, in the most unmistakable terms. Resolutions of the General Assembly over the years are not the only evidence of this. Vast numbers of the general public in practically every country, organized professional bodies of a multinational character[98], and many other groupings across the world have proclaimed time and again their conviction that the public conscience dictates the non-use of nuclear weapons. Across the world, presidents and prime ministers,

[96] *West Rand Central Gold Mining Co., Ltd.* v. *R* (1905), 2 KB, p. 407.
[97] On this aspect, see further Section VI.6 below.
[98] See, on these organizations, Section VI.3 below.

qu'elle soit «si largement et si généralement acceptée qu'il soit impossible qu'un Etat civilisé la renie»[96]. Aucun Etat ne renierait aujourd'hui l'un quelconque des principes considérés; ce qui semble donner lieu à contestation, c'est l'application de ces principes au cas particulier des armes nucléaires qui, pour une raison obscure, semblent être placées, pour ce qui est de leur régime juridique, au-dessus des autres armes. Si le droit humanitaire établit une réglementation pour les armes de moindre puissance par crainte qu'elles ne causent les maux excessifs que ses principes ont pour objet de prévenir, il doit à fortiori établir une réglementation pour les armes plus puissantes. Essayer de soustraire les armes nucléaires à l'application des principes du droit humanitaire est indéfendable non seulement sur le plan des considérations d'humanité mais aussi sur le plan de la logique.

Ce raisonnement vaut aussi pour l'argument selon lequel il ne peut pas se créer de règles de droit coutumier en présence d'objections de la part des Etats dotés d'armes nucléaires (exposé écrit des Etats-Unis d'Amérique, p. 9)[97]. Les principes généraux du droit coutumier applicables en la matière ont été acceptés par ces Etats longtemps avant l'invention des armes nucléaires. Or, c'est de ces principes généraux que découle l'illicéité des armes en question.

Il paraît clair que si ces principes sont acceptés et demeurent incontestés, leur applicabilité au cas particulier des armes nucléaires ne saurait être raisonnablement mise en doute.

5. Les «exigences de la conscience publique»

Cette formule, extraite de la clause de Martens, résume l'essence du droit humanitaire. La clause de Martens et bon nombre des formulations de principes humanitaires qui l'ont suivie reconnaissaient que les convictions collectives en matière de comportement humanitaire doivent impérativement trouver leur expression dans le droit.

La formule est, bien sûr, si générale qu'il n'est pas toujours facile de déterminer si une conviction sur un point particulier est assez largement partagée pour entrer dans son champ d'application.

Mais, en ce qui concerne l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires, le problème ne se pose pas car, sur cette question, la conscience de la communauté mondiale s'est exprimée, et ce à maintes reprises et dans les termes les plus catégoriques, comme en témoignent non seulement les résolutions adoptées par l'Assemblée générale au fil des ans, mais le fait que des multitudes de personnes dans pratiquement tous les pays, des organismes professionnels à caractère multinational[98] et bien d'autres groupements à travers le monde proclament sans relâche leur conviction que la conscience publique exige que les armes nucléaires ne

[96] *West Rand Central Gold Mining Co., Ltd.* v. *R.* (1905), 2 KB, p. 407.
[97] A ce sujet, voir aussi ci-après la section VI, paragraphe 6.
[98] Concernant ces organisations, voir ci-après la section VI, paragraphe 3.

priests and prelates, workers and students, and women and children have continued to express themselves strongly against the bomb and its dangers. Indeed, this conviction underlies the conduct of the entire world community of nations when, for example, in the NPT, it accepts that all nuclear weapons must eventually be got rid of. The recent Non-Proliferation Review Conference of 1995 reconfirmed this objective. The work currently in progress towards a total test ban treaty reconfirms this again.

Reference is made in the next section (Section VI.6) to the heightening of public sensitivity towards humanitarian issues, resulting from the vast strides made by human rights law ever since the United Nations Charter in 1945.

General Assembly resolutions on the matter are numerous[99]. To cite just one of them, resolution 1653 (XVI) of 1961 declared that:

> "The use of nuclear and thermo-nuclear weapons is contrary to the spirit, letter and aims of the United Nations and, as such, a direct violation of the Charter of the United Nations"

and asserted, with more specific reference to international law, that such use was "contrary to the rules of international law and to the laws of humanity". In addition, the "threat" to use nuclear weapons, and not merely their actual use, has been referred to by the General Assembly as prohibited[100].

Nuclear weapons have been outlawed by treaty in numerous areas of planetary space — the sea-bed, Antarctica, Latin America and the Caribbean, the Pacific, and Africa, not to speak of outer space. Such universal activity and commitment would be altogether inconsistent

[99] Resolution 1653 (XVI) of 24 November 1961 ("Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermo-nuclear Weapons"); resolution 2936 (XXVII) of 29 November 1972 ("Non-Use of Force in International Relations and Permanent Prohibition of the Use of Nuclear Weapons"); resolution 33/71 B of 14 December 1978 ("Non-Use of Nuclear Weapons and Prevention of Nuclear War"); resolution 34/83 G of 11 December 1979 ("Non-Use of Nuclear Weapons and Prevention of Nuclear War"); resolution 36/92 I of 9 December 1981 ("Non-Use of Nuclear Weapons and Prevention of Nuclear War"); resolution 44/117 C of 15 December 1989 ("Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons"); resolution 45/59 B of 4 December 1990 ("Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons"); resolution 46/37 D of 6 December 1991 ("Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons"). See, also, e.g., resolution 36/100 of 9 December 1981 ("Declaration on the Prevention of Nuclear Catastrophe"), para. 1 "States and statesmen that resort first to the use of nuclear weapons will be committing the gravest crime against humanity".

[100] Resolution 2936 (XXVII) of 29 November 1972 ("Non-Use of Force in International Relations and Permanent Prohibition of the Use of Nuclear Weapons"), preambular paragraph 10.

soient pas utilisées. Partout dans le monde, des présidents et des premiers ministres, des prêtres et des prélats, des travailleurs et des étudiants, des femmes et des enfants manifestent inlassablement leur opposition à l'égard de la bombe et de ses dangers. C'est d'ailleurs le même sentiment qui anime l'ensemble de la communauté des nations lorsque, par exemple, elle convient dans le traité sur la non-prolifération que l'objectif est, en dernière analyse, l'élimination de toutes les armes nucléaires. Un tel objectif a été confirmé par la conférence de 1995 chargée d'examiner le traité sur la non-prolifération et réaffirmé au cours des travaux en cours concernant l'élaboration d'un traité d'interdiction totale des essais.

La section suivante de la présente opinion (sect. VI, par. 6) traitera de la sensibilisation de l'opinion publique aux questions humanitaires, que l'on doit aux immenses progrès faits par le droit relatif aux droits de l'homme depuis la signature de la Charte des Nations Unies en 1945.

Les résolutions de l'Assemblée générale sur la question sont très nombreuses[99]. Pour n'en citer qu'une, rappelons que la résolution 1653 (XVI) de 1961 déclare que :

> « L'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires est contraire à l'esprit, à la lettre et aux buts de la Charte des Nations Unies et constitue, en tant que tel, une violation directe de la Charte »,

et ajoute, en se référant plus particulièrement au droit international, qu'un tel emploi « est contraire au droit international et aux lois de l'humanité ». De surcroît, selon l'Assemblée générale, non seulement l'utilisation des armes nucléaires, mais aussi « la menace » d'utilisation de telles armes sont interdites[100].

Les armes nucléaires ont été bannies par traité dans de nombreuses zones de l'espace planétaire — les fonds marins, l'Antarctique, l'Amérique latine et les Caraïbes, le Pacifique et l'Afrique, sans parler de l'espace extra-atmosphérique. Une telle convergence dans l'action et dans les

[99] Résolution 1653 (XVI) du 24 novembre 1961 (« Déclaration sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires »); résolution 2936 (XXVII) du 29 novembre 1972 (« Non-recours à la force dans les relations internationales et interdiction permanente de l'utilisation des armes nucléaires »); résolution 33/71 B du 14 décembre 1978 (« Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire »); résolution 34/83 G du 11 décembre 1979 (« Interdiction de l'emploi des armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire »); résolution 36/92 I du 9 décembre 1981 (« Non-recours aux armes nucléaires et prévention de la guerre nucléaire »); résolution 44/117 C du 15 décembre 1989 (« Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires »); résolution 45/59 B du 4 décembre 1990 (« Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires »); résolution 46/37 D du 6 décembre 1991 (« Convention sur l'interdiction de l'utilisation des armes nucléaires »). Voir également, par exemple, la résolution 36/100 du 9 décembre 1981 (« Déclaration sur la prévention d'une catastrophe nucléaire »), par. 1 : « Les Etats et hommes d'Etat qui emploient les premiers des armes nucléaires commettent le crime le plus grave contre l'humanité. »

[100] Résolution 2936 (XXVII) du 29 novembre 1972 (« Non-recours à la force dans les relations internationales et interdiction permanente de l'utilisation des armes nucléaires »), dixième alinéa du préambule.

with a global acceptance of the compatibility of these weapons with the general principles of humanity. They point rather to a universal realization that there is in them an element which deeply disturbs the public conscience of this age.

As has been well observed in this regard:

> "in this burgeoning human rights era especially, respecting an issue that involves potentially the fate of human civilization itself, it is not only appropriate but mandated that the legal expectations of all members of human society, official and non-official, be duly taken into account"[101].

It is a truism that there is no such thing as a unanimous opinion held by the entire world community on any principle, however lofty. Yet it would be hard to find a proposition so widely and universally accepted as that nuclear weapons should not be used. The various expressions of opinion on this matter "are expressive of a far-flung community consensus that nuclear weapons and warfare do not escape the judgment of the humanitarian rules of armed conflict"[102].

The incompatibility between "the dictates of public conscience" and the weapon appears starkly, if one formulates the issues in the form of questions that may be addressed to the public conscience of the world, as typified by the average citizen in any country.

Here are a few questions, from an extensive list that could be compiled:

Is it lawful for the purposes of war to induce cancers, keloid growths or leukaemias in large numbers of the enemy population?

Is it lawful for the purposes of war to inflict congenital deformities and mental retardation on unborn children of the enemy population?

Is it lawful for the purposes of war to poison the food supplies of the enemy population?

Is it lawful for the purposes of war to inflict any of the above types of damage on the population of countries that have nothing to do with the quarrel leading to the nuclear war?

Many more such questions could be asked.

If it is conceivable that any of these questions can be answered in the affirmative by the public conscience of the world, there may be a case for

[101] Burns H. Weston, "Nuclear Weapons and International Law: Prolegomenon to General Illegality", *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 1982-1983, Vol. 4, p. 252, and authorities therein cited.

[102] *Ibid.*, p. 242.

engagements ne s'accorderait pas avec l'idée que ces armes puissent être mondialement reconnues comme compatibles avec les principes généraux d'humanité. Elle traduit plutôt un sentiment universel qu'elles portent en elles un élément qui perturbe profondément la conscience publique de notre temps.

Comme on l'a justement observé:

> «En cette époque où la protection des droits de l'homme progresse, plus peut-être qu'en aucune autre, il est non seulement souhaitable mais impératif, s'agissant d'une question qui n'intéresse rien de moins que le sort de la civilisation humaine, de prendre dûment conscience de ce que tous les membres de la société humaine, au plan officiel comme au plan non officiel, attendent du droit.»[101]

Sans doute aucun principe, si élevé soit-il, ne peut-il faire l'unanimité absolue de la communauté mondiale. Pourtant, il serait difficile de trouver une idée aussi largement et universellement partagée que celle de l'inadmissibilité de l'emploi des armes nucléaires. Les diverses positions prises sur cette question «traduisent un vaste consensus collectif sur l'idée que les armes et les moyens de combat nucléaires ne sauraient être soustraits aux règles humanitaires applicables dans les conflits armés»[102].

L'incompatibilité entre les «exigences de la conscience publique» et les caractéristiques de l'arme apparaît très clairement si l'on présente les problèmes sous forme de questions qui pourraient être posées à la conscience publique du monde, incarnée dans chaque pays par un simple citoyen.

Voici quelques exemples, parmi bien d'autres:

Est-il licite, pour atteindre les buts de la guerre, de provoquer l'apparition à grande échelle dans la population ennemie de cancers, tumeurs chéloïdes et leucémies?

Est-il licite, pour atteindre les buts de la guerre, d'exposer les enfants à naître de la population ennemie au risque de malformations congénitales et d'arriération mentale?

Est-il licite, pour atteindre les buts de la guerre, d'empoisonner les ressources alimentaires de la population ennemie?

Est-il licite, pour atteindre les buts de la guerre, d'infliger l'un quelconque de ces types de dommages à la population de pays n'ayant rien à voir avec le conflit qui a conduit à la guerre nucléaire?

La liste est longue des questions de ce genre qui pourraient être posées.

S'il est concevable que l'une quelconque de ces interrogations reçoive une réponse affirmative de la part de la conscience publique du monde, la

[101] Burns H. Weston, «Nuclear Weapons and International Law: Prolegomenon to General Illegality», *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 1982-1983, vol. 4, p. 252, ainsi que les sources qui y sont citées.

[102] *Ibid.*, p. 242

the legality of nuclear weapons. If it is not, the case against nuclear weapons seems unanswerable.

6. Impact of the United Nations Charter and Human Rights on "Considerations of Humanity" and "Dictates of Public Conscience"[103]

The enormous developments in the field of human rights in the post-war years, commencing with the Universal Declaration of Human Rights in 1948, must necessarily make their impact on assessments of such concepts as "considerations of humanity" and "dictates of public conscience". This development in human rights concepts, both in their formulation and in their universal acceptance, is more substantial than the developments in this field for centuries before. The public conscience of the global community has thus been greatly strengthened and sensitized to "considerations of humanity" and "dictates of public conscience". Since the vast structure of internationally accepted human rights norms and standards has become part of common global consciousness today in a manner unknown before World War II, its principles tend to be invoked immediately and automatically whenever a question arises of humanitarian standards.

This progressive development must shape contemporary conceptions of humanity and humanitarian standards, thus elevating the level of basic expectation well above what it was when the Martens Clause was formulated.

In assessing the magnitude of this change, it is helpful to recall that the first movement towards modern humanitarian law was achieved in a century (the nineteenth century) which is often described as the "Clausewitzean century" for the reason that, in that century, war was widely regarded as a natural means for the resolution of disputes, and a natural extension of diplomacy. Global sentiment has moved an infinite distance from that stance, for today the United Nations Charter outlaws all resort to force by States (Art. 2 (4)), except in the case of self-defence (Art. 51). The Court's Opinion highlights the importance of these articles, with far-reaching implications which this opinion has addressed at the every outset (see "Preliminary Observations"). There is a firm commitment in Article 2 (3) that all members shall settle their international disputes by peaceful means, in such manner that international peace and security, *and justice*, are not endangered. This totally altered stance regarding the normalcy and legitimacy of war has undoubtedly heightened the "dictates of public conscience" in our time.

[103] See, also, Section III.10 *(g)* below.

thèse de la licéité des armes nucléaires est peut-être défendable. Sinon, la thèse de l'illicéité semble irréfutable.

6. Les répercussions de la Charte des Nations Unies et des droits de l'homme sur les considérations d'humanité et les exigences de la conscience publique[103]

Les changements considérables qui se sont produits après la guerre dans le domaine des droits de l'homme, depuis l'adoption en 1948 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ont nécessairement eu des répercussions sur ce que recouvrent la notion de «considérations d'humanité» et celle d'«exigences de la conscience publique». L'évolution qu'ont connue les notions relatives aux droits de l'homme, tant dans leur formulation qu'en accédant à l'universalité, dépasse en importance celle de bien des siècles antérieurs. La conscience publique de la communauté mondiale a donc acquis une grande force et une grande sensibilité aux «considérations d'humanité» et à ses «exigences». Comme le vaste système de règles et normes internationalement acceptées en matière de droits de l'homme s'est intégré à la conscience collective de la population du globe — ce qui n'était pas le cas avant la seconde guerre mondiale — les principes qui lui servent de fondement tendent à être invoqués spontanément et automatiquement chaque fois que se pose un problème de normes humanitaires.

Cette évolution progressive a nécessairement une incidence sur la conception qu'on se fait, à l'époque contemporaine, de l'humanité et des normes d'humanité, le niveau de l'attente se situant bien au-dessus de ce qu'il était à l'époque où la clause de Martens a été formulée.

Pour bien mesurer l'ampleur de ce changement, il faut se rappeler que la première pierre du droit humanitaire moderne a été posée dans un siècle (le XIX[e] siècle) qui est souvent décrit comme «le siècle de Clausewitz», au motif qu'à l'époque la guerre était largement considérée comme un mode naturel de règlement des différends et un prolongement naturel de la diplomatie. La situation a, depuis lors, énormément évolué puisque la Charte des Nations Unies interdit aujourd'hui tout recours à la force par les Etats (art. 2, par. 4) sauf en cas de légitime défense (art. 51). L'avis de la Cour met en lumière l'importance de ces articles, et la présente opinion a, dès le départ, souligné qu'il en résulte des conséquences très étendues (voir «Observations préliminaires»). L'article 2, paragraphe 3, prévoit expressément que tous les Membres règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques de manière que la paix et la sécurité internationales, *ainsi que la justice*, ne soient pas mises en danger. Cette vision radicalement différente de la normalité et de la légitimité de la guerre a indubitablement rehaussé le niveau des «exigences de la conscience publique» de notre temps.

[103] Voir aussi ci-après la section III, paragraphe 10, lettre *g)*.

Charter provisions bearing on human rights, such as Articles 1, 55, 62 and 76, coupled with the Universal Declaration of 1948, the twin Covenants on Civil and Political Rights and Economic, Social and Cultural Rights of 1966, and the numerous specific conventions formulating human rights standards, such as the Convention against Torture — all of these, now part of the public conscience of the global community, make the violation of humanitarian standards a far more developed and definite concept than in the days when the Martens Clause emerged. Indeed, so well are human rights norms and standards ingrained today in global consciousness, that they flood through into every corner of humanitarian law.

Submissions on these lines were made to the Court (for example, by Australia, CR 95/22, p. 25) in presentations which drew attention further to the fact that the General Assembly has noted the linkage between human rights and nuclear weapons when it condemned nuclear war "as a violation of the foremost human right — the right to life"[104].

Parallel to the developments in human rights, there has been another vast area of development — environmental law, which has likewise heightened the sensitivity of the public conscience to environmentally related matters which affect human rights. As observed by the International Law Commission in its consideration of State responsibility, conduct gravely endangering the preservation of the human environment violates principles "which are now so deeply rooted in the conscience of mankind that they have become particularly essential rules of general international law"[105].

7. The Argument that "Collateral Damage" Is Unintended

It is not to the point that such results are not directly intended, but are "by-products" or "collateral damage" caused by nuclear weapons. Such results are known to be the necessary consequences of the use of the weapon. The author of the act causing these consequences cannot in any coherent legal system avoid legal responsibility for causing them, any less than a man careering in a motor vehicle at 150 kilometres per hour through a crowded market street can avoid responsibility for the resulting deaths on the ground that he did not intend to kill the particular persons who died.

---

[104] General Assembly resolution 38/75 of 15 December 1983 ("Condemnation of Nuclear War"), operative paragraph 1.

[105] Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, Vol. II, Part II, p. 109, para. 33.

Les dispositions de la Charte concernant les droits de l'homme, comme les articles 1, 55, 62 et 76, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les deux pactes de 1966 relatifs aux droits de l'homme (droits civils et politiques d'une part et droits économiques, sociaux et culturels d'autre part) et les nombreuses conventions sur des sujets particuliers qui formulent des normes en matière de droits de l'homme, telle la convention sur l'interdiction de la torture — autant d'instruments qui font maintenant partie intégrante de la conscience publique de la communauté internationale — ont beaucoup enrichi et précisé la notion de violation des normes humanitaires par rapport à l'époque où la clause de Martens a vu le jour. Les règles et normes relatives aux droits de l'homme imprègnent aujourd'hui si profondément la conscience collective qu'elles s'infiltrent un peu partout dans le droit humanitaire.

Des commentaires allant dans le même sens ont été présentés (par exemple, par l'Australie (CR 95/22, p. 25)) dans des exposés qui appellent en outre l'attention sur le fait que l'Assemblée générale a souligné le lien entre droits de l'homme et armes nucléaires lorsqu'elle a condamné la guerre nucléaire en tant qu'«atteinte au droit primordial de l'homme — le droit à la vie»[104].

Parallèlement à l'évolution qui s'est produite dans le domaine des droits de l'homme, le développement d'un autre vaste domaine du droit — le droit de l'environnement — a également contribué à sensibiliser la conscience publique aux problèmes d'environnement qui influent sur les droits de l'homme. Comme l'a souligné la Commission du droit international dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité des Etats, une conduite qui met gravement en danger la préservation de l'environnement contrevient à des principes «aujourd'hui si profondément ancrés dans la conscience universelle qu'ils sont devenus des règles particulièrement essentielles du droit international général»[105].

7. L'argument du caractère non intentionnel des «dommages collatéraux»

Il importe peu que les effets des armes nucléaires ne soient pas directement voulus mais soient des «sous-produits» ou des «dommages collatéraux». Le fait est que ces effets résultent inévitablement de l'emploi de l'arme. Il n'est pas concevable, dans un système juridique cohérent, que l'auteur d'un acte qui engendre de telles conséquences soit dégagé de toute responsabilité juridique pour les avoir causés, pas plus qu'il n'est concevable qu'un automobiliste lancé à 150 kilomètres à l'heure dans une rue commerçante bondée se trouve dégagé de toute responsabilité juridique pour la mort de ses victimes au motif qu'il n'avait pas l'intention de les tuer.

[104] Résolution 38/75 de l'Assemblée générale en date du 15 décembre 1983 («Condamnation de la guerre nucléaire»), paragraphe 1 du dispositif.

[105] Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, deuxième partie, p. 101, par. 33.

The plethora of literature on the consequences of the nuclear weapon is so much part of common universal knowledge today that no disclaimer of such knowledge would be credible.

8. Illegality Exists Independently of Specific Prohibitions

Much of the argument of States opposing illegality was based on the proposition that what is not expressly prohibited to a State is permitted. Some practical illustrations would be of assistance in testing this proposition:

(a) If tomorrow a ray were invented which would immediately incinerate all living things within a radius of 100 miles, does one need to wait for an international treaty specifically banning it to declare that it offends the basic principles of the *jus in bello* and cannot therefore be legitimately used in war? It would seem rather ridiculous to have to await the convening of an international conference, the drafting of a treaty, and all the delays associated with the process of ratification, before the law can treat such a weapon as illegal.

(b) The fallacy of the argument that what is not expressly prohibited is permitted appears further from an illustration used earlier in this opinion. The argument advanced would presuppose that, immediately prior to the treaties outlawing bacteriological weapons, it was legal to use warheads packed with the most deadly germs wherewith to cause lethal epidemics among the enemy population. This conclusion strains credibility and is tenable only if one totally discounts the pre-existing principles of humanitarian law.

The fact that no treaty or declaration expressly condemns the weapon as illegal does not meet the point that illegality is based upon principles of customary international law which run far deeper than any particular weapon or any particular declaration. Every weapon proscribed by international law for its cruelty or brutality does not need to be specified any more than every implement of torture needs to be specified in a general prohibition against torture. It is the *principle* that is the subject of customary international law. The *particular* weapon or implement of torture becomes relevant only as an application of undisputed *principles* — principles which have been more than once described as being such that no civilized nation would deny them.

It will always be the case that weapons technologists will from time to time invent weapons based on new applications of technology, which are different from any weapons known before. One does not need to wait until some treaty specifically condemns that weapon before declaring that its use is contrary to the principles of international law.

La masse de connaissances dont on dispose sur les conséquences de l'arme nucléaire fait à ce point partie du domaine public universel que nul ne peut plaider l'ignorance avec quelque chance d'être cru.

8. L'illicéité existe indépendamment d'interdictions spécifiques

La thèse des Etats opposés à l'illicéité repose en grande partie sur l'argument selon lequel ce qui n'est pas expressément interdit à un Etat est permis. Pour déterminer la valeur de cet argument, j'utiliserai quelques exemples concrets:

a) si demain était inventé un rayon capable d'incinérer instantanément tout organisme vivant dans un rayon de 150 kilomètres, devrait-on attendre qu'un traité international l'interdise expressément pour le déclarer incompatible avec les principes fondamentaux du *jus in bello* et non susceptible par conséquent d'être légitimement utilisé à la guerre? Il serait, semble-t-il, ridicule de devoir attendre la convocation d'une conférence internationale, l'élaboration d'un traité et le laborieux processus de ratification avant que le droit ne reconnaisse que l'arme en question est illicite;

b) le caractère spécieux de l'argument selon lequel ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé ressort également d'un autre exemple cité dans une partie antérieure de la présente opinion. Cet argument conduirait à la conclusion qu'immédiatement avant l'adoption des traités interdisant les armes bactériologiques il était licite d'utiliser des ogives porteuses de substances bactériologiques les plus meurtrières pour provoquer des épidémies catastrophiques dans la population ennemie. Cette conclusion n'est guère crédible et n'est défendable qu'à condition de faire totalement abstraction des principes préexistants du droit humanitaire.

Le fait qu'il n'existe pas de traité ou de déclaration qualifiant expressément l'arme d'illicite est sans pertinence dès lors que l'illicéité découle de principes de droit international coutumier, qui sont bien plus importants que telle ou telle arme ou telle ou telle déclaration. Il n'est pas nécessaire d'identifier chaque arme interdite par le droit international en raison de sa cruauté ou de sa brutalité, pas plus qu'il n'est nécessaire d'énumérer tous les instruments de torture dans un énoncé de l'interdiction générale de la torture. C'est au *principe* que le droit international coutumier s'intéresse. Tel instrument de torture ou telle arme n'est à prendre en considération qu'aux fins de l'application de *principes* incontestés — principes qui ont souvent été décrits comme étant d'une nature telle qu'aucune nation civilisée ne serait prête à les renier.

Tout au long de l'histoire, les spécialistes des armements ont inventé à maintes reprises, en faisant appel à des applications nouvelles de la technologie, des armes sans équivalent dans l'arsenal existant. Il n'est pas nécessaire d'attendre qu'un traité condamne expressément une arme nouvelle pour déclarer que son emploi est contraire aux principes du droit international.

If, as is indisputably the case, the Martens Clause represents a universally accepted principle of international law, it means that beyond the domain of express prohibitions there lies the domain of the general principles of humanitarian law. It follows that "If an act of war is not expressly prohibited by international agreements or customary law, this does not necessarily mean that it is actually permissible."[106]

It is self-evident that no system of law can depend for its operation or development on specific prohibitions *ipsissimis verbis*. Any developed system of law has, in addition to its specific commands and prohibitions, an array of general principles which from time to time are applied to specific items of conduct or events which have not been the subject of an express ruling before. The general principle is then applied to the specific situation and out of that particular application a rule of greater specificity emerges.

A legal system based on the theory that what is not expressly prohibited is permitted would be a primitive system indeed, and international law has progressed far beyond this stage. Even if domestic systems could function on that basis, — which indeed is doubtful — international law, born of generations of philosophical thinking, cannot. Modern legal philosophy in many jurisdictions has exposed the untenability of this view in regard to domestic systems and, *a fortiori*, the same applies to international law. As a well-known text on jurisprudence observes:

> "The rules of every legal order have an enveloping blanket of principles and doctrines as the earth is surrounded by air, and these not only influence the operation of rules but sometimes condition their very existence."[107]

More to the point than the question whether any treaty speaks of the *illegality* of nuclear weapons is whether any single provision of any treaty or declaration speaks of the *legality* of nuclear weapons. The fact is that, though there is a profusion of international documents dealing with many aspects of nuclear weapons, not one of these contains the shred of a suggestion that the *use* or *threat of use* of nuclear weapons is legal. By way of contrast, the number of international declarations which expressly pronounce against the legality or the use of nuclear weapons is legion. These are referred to elsewhere in this opinion.

The general principles provide both nourishment for the development of the law and an anchorage to the mores of the community. If they are to be discarded in the manner contended for, international law would be cast adrift from its conceptual moorings. "The general principles of law

[106] D. Fleck, *op. cit.*, p. 28, basing this principle on the Martens Clause.
[107] Dias, *Jurisprudence*, 4th ed., 1976, p. 287.

Si — et tel est incontestablement le cas — la clause de Martens énonce un principe de droit international universellement accepté, il en découle qu'au-delà du domaine des interdictions expresses existe le domaine des principes généraux du droit humanitaire. En fin de compte, «un acte de guerre qui n'est pas expressément interdit par des accords internationaux ou par le droit coutumier n'est pas nécessairement, *ipso facto*, autorisé»[106].

A l'évidence, aucun système de droit ne peut fonctionner ou se développer par le seul moyen d'interdictions formulées en termes explicites. Dans tout système de droit on trouve, outre un ensemble de prescriptions et d'interdictions, toute une gamme de principes généraux qui sont appliqués, de temps à autre, à des comportements et situations n'ayant pas encore fait l'objet de règles expresses. Le principe général est appliqué à la situation considérée et une règle plus spécifique se dégage de cette application particulière.

Un système juridique fondé sur l'idée que ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé serait un système tout à fait primitif et le droit international a largement dépassé ce stade. En admettant même que les systèmes internes puissent fonctionner sur cette base, ce qui est bien loin d'être sûr, le droit international, né de siècles de réflexion philosophique, ne peut fonctionner ainsi. Dans beaucoup de pays, la philosophie juridique moderne a démontré que la thèse en question était insoutenable en droit interne et, partant, à fortiori en droit international. Comme le souligne un ouvrage bien connu sur la théorie du droit:

> «De même que la terre est entourée par l'atmosphère, les règles de tout ordre juridique sont entourées d'un ensemble de principes et de doctrines qui non seulement influencent la mise en œuvre des règles mais en conditionnent parfois l'existence même.»[107]

Le point de savoir s'il est fait mention dans le droit conventionnel de l'*illicéité* des armes nucléaires est plus pertinent que la question de savoir si l'on trouve dans une convention ou une déclaration quelconque une référence à la *licéité* des armes. Le fait est que bien que les documents internationaux traitant des armes nucléaires sous de maints aspects soient fort nombreux, on n'y trouve pas l'ombre d'une indication que *l'emploi* ou la *menace d'emploi* des armes nucléaires est licite. En revanche, il existe de nombreuses déclarations internationales qui prennent expressément position contre la licéité de l'emploi des armes nucléaires. Elles sont mentionnées dans d'autres parties de la présente opinion.

Les principes généraux sont tout à la fois une source pour le développement du droit et un repère sur l'état d'esprit de la société. Refuser d'en tenir compte comme certains le préconisent c'est condamner le droit international à dériver sans ses repères conceptuels. «Les principes géné-

[106] D. Fleck, *op. cit.*, p. 28, qui fait reposer ce principe sur la clause de Martens.
[107] Dias, *Jurisprudence*, 4e éd., 1976, p. 287.

recognized by civilized nations" remains law, even though indiscriminate mass slaughter *through the nuclear weapon*, irreversible damage to future generations *through the nuclear weapon*, environmental devastation *through the nuclear weapon*, and irreparable damage to neutral States *through the nuclear weapon* are not expressly prohibited in international treaties. If the italicized words are deleted from the previous sentence, no one could deny that the acts mentioned therein are prohibited by international law. It seems specious to argue that the principle of prohibition is defeated by the absence of particularization of the weapon.

The doctrine that the sovereign is free to do whatever statute does not expressly prohibit is a long-exploded doctrine. Such extreme positivism in legal doctrine has led humanity to some of its worst excesses. History has demonstrated that power, unrestrained by principle, becomes power abused. Black-letter formulations have their value, but by no stretch of the imagination can they represent the totality of the law.

With specific reference to the laws of war, it would also set at nought the words of the Martens Clause, whose express terms are that, "Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties . . . declare that, *in cases not included in the Regulations adopted by them* . . ." (emphasis added), the humanitarian principles it sets out would apply.

Thus, by express agreement, if that indeed were necessary, the wide range of principles of humanitarian law contained within customary international law would be applicable to govern this matter, for which no specific provision has yet been made by treaty.

9. *The* "Lotus" *Decision*

Much of the argument based on the absence of specific illegality was anchored to the *"Lotus"* decision. In that case, the Permanent Court addressed its enquiry to the question:

> "whether or not under international law there is a principle which would have prohibited Turkey, in the circumstances of the case before the Court, from prosecuting Lieutenant Demons" (*P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 21).

In the absence of such a principle or of a specific rule to which it had expressly consented, it was held that the authority of a State could not be limited.

Indeed, even within the terms of the *"Lotus"* case, these principles become applicable, for, in relation to the laws of war, there is the express

raux de droit reconnus par les nations civilisées» ne cessent pas d'être du droit simplement parce qu'il n'existe pas de traité international qui interdise expressément de massacrer aveuglément les populations *au moyen d'armes nucléaires*, de provoquer des dommages irréversibles au détriment des générations futures *au moyen d'armes nucléaires*, de détruire l'environnement *au moyen d'armes nucléaires*, et de causer des dommages irréparables aux Etats neutres *au moyen d'armes nucléaires*. Si l'on supprime de la phrase qui précède les mots en italiques, on ne peut que constater qu'elle ne vise que des actes qui sont interdits par le droit international. Il semble spécieux de soutenir que le principe de l'interdiction ne peut pas être invoqué du fait du défaut d'identification de l'arme.

La doctrine qui veut que le souverain ait toute latitude pour faire tout ce qu'une loi n'interdit pas expressément est une doctrine qui a fait long feu. Lorsque le positivisme a été poussé à ce point extrême dans la doctrine juridique, la société humaine a été conduite à quelques-uns de ses pires excès. L'histoire montre que le pouvoir sans le garde-fou des principes devient abus de pouvoir. Il n'est pas inutile d'écrire les choses noir sur blanc mais le droit ne se réduit pas, tant s'en faut, à ce qui est écrit noir sur blanc.

S'agissant plus spécialement du droit de la guerre, la doctrine en question viderait de sens la clause de Martens qui dispose expressément qu'«en attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes ... déclare[nt] que, *dans les cas qui ne sont pas couverts par des règlements spécifiques adoptés par elles*» (les italiques sont de moi), les principes humanitaires qu'elle énonce s'appliqueront.

En vertu donc d'un accord exprès (si tant est que cette condition soit nécessaire), la vaste gamme des principes du droit humanitaire contenus dans le droit international coutumier est applicable à la question, qui n'a pas encore fait l'objet de dispositions conventionnelles.

9. *L'arrêt rendu dans l'affaire du* Lotus

Une bonne partie de l'argumentation qui se fonde sur l'absence de texte énonçant expressément l'illicéité prend pour point de départ l'arrêt rendu dans l'affaire du *Lotus*. Dans cette affaire, la Cour permanente a recherché:

> «si oui ou non le droit international comporte un principe en vertu duquel il aurait été interdit à la Turquie d'exercer, dans les circonstances de ce cas, des poursuites pénales contre le lieutenant Demons» (*C.P.J.I. série A n° 10*, p. 21).

Il a été jugé que, en l'absence d'un tel principe ou d'une règle précise à laquelle il aurait expressément consenti, un Etat ne pouvait voir son pouvoir limité.

En fait, même sur la base de l'arrêt du *Lotus*, les principes considérés sont applicables car, s'agissant du droit de la guerre, les puissances dotées

acceptance by the nuclear powers that the humanitarian principles of the laws of war should apply. Apart from the nuclear powers, some other powers who have opposed a finding of illegality before this Court (or not adopted a clear-cut position in regard to the present request), were also parties to the Hague Convention, for example, Germany, Netherlands, Italy and Japan.

The *"Lotus"* case was decided in the context of a collision on the high seas, in time of peace, between the *Lotus*, flying the French flag and a vessel flying the Turkish flag. Eight Turkish sailors and passengers died and the French officer responsible was sought to be tried for manslaughter in the Turkish courts. This was a situation far removed from that to which the humanitarian laws of war apply. Such humanitarian law was already a well-established concept at the time of the *"Lotus"* decision, but was not relevant to it. It would have been furthest from the mind of the Court deciding that case that its dictum, given in such entirely different circumstances, would be used in an attempt to negative all that the humanitarian laws of war had built up until that time — for the interpretation now sought to be given to the *"Lotus"* case is nothing less than that it overrides even such well-entrenched principles as the Martens Clause, which expressly provides that its humanitarian principles would apply "in cases not included in the Regulations adopted by them".

Moreover, at that time, international law was generally treated in two separate categories — the laws of peace and the laws of war — a distinction well recognized in the structure of the legal texts of that time. The principle the *"Lotus"* court was enunciating was formulated entirely within the context of the laws of peace.

It is implicit in *"Lotus"* that the sovereignty of other States should be respected. One of the characteristics of nuclear weapons is that they violate the sovereignty of other countries who have in no way consented to the intrusion upon their fundamental sovereign rights, which is implicit in the use of the nuclear weapon. It would be an interpretation totally out of context that the *"Lotus"* decision formulated a theory, equally applicable in peace and war, to the effect that a State could do whatever it pleased so long as it had not bound itself to the contrary. Such an interpretation of *"Lotus"* would cast a baneful spell on the progressive development of international law.

It is to be noted also that just four years earlier, the Permanent Court, in dealing with the question of State sovereignty, had observed in *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco* that the sovereignty of States would be proportionately diminished and restricted as international law developed (*Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 4*, pp. 121-125, 127, 130). In the half century that has elapsed since the *"Lotus"* case, it is quite evident that international law — and the law relating to

d'armes nucléaires ont expressément accepté que les principes humanitaires du droit de la guerre s'appliquent. Mises à part ces puissances, certaines autres puissances qui se sont déclarées devant la Cour opposées à une conclusion d'illicéité (ou qui n'ont pas adopté une position tranchée à l'égard de la demande d'avis consultatif à l'examen) sont aussi parties à la convention de La Haye, dont l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Italie et le Japon.

L'arrêt dans l'affaire du *Lotus* a été rendu à propos d'une collision en haute mer, en temps de paix, entre le *Lotus*, navire battant pavillon français, et un navire battant pavillon turc. Huit marins et passagers turcs ayant trouvé la mort, la question se posait de la comparution devant les tribunaux turcs, pour meurtre, de l'officier français responsable. La situation n'avait donc rien à voir avec celles dans lesquelles le droit humanitaire de la guerre s'applique. Le concept de droit humanitaire était déjà bien établi à l'époque de l'arrêt dans l'affaire du *Lotus* mais il n'était pas pertinent en l'espèce. La Cour n'aurait jamais imaginé, lorsqu'elle a tranché cette affaire, que sa décision, rendue dans un contexte si totalement différent, puisse être invoquée pour réduire à néant tout ce que le droit humanitaire de la guerre avait déjà édifié — car l'interprétation que l'on cherche maintenant à donner de l'affaire du *Lotus* n'aboutit à rien de moins qu'à une mise à l'écart de principes humanitaires aussi solidement établis que ceux de la clause de Martens qui, selon ses termes exprès, doivent s'appliquer «dans les cas qui ne sont pas couverts par des règlements spécifiques adoptés par [les Hautes Parties contractantes]».

Au surplus, le droit international était à cette époque généralement divisé en deux catégories — le droit de la paix et le droit de la guerre —, distinction que respectaient les textes juridiques d'alors. Le principe que la Cour permanente a énoncé dans l'arrêt du *Lotus* se situait entièrement dans le contexte du droit de la paix.

Il ressort implicitement de cet arrêt que la souveraineté des autres Etats doit être respectée. L'une des caractéristiques des armes nucléaires est qu'elle viole la souveraineté d'autres pays qui n'ont en aucune manière consenti aux atteintes à leurs droits souverains fondamentaux que comporte implicitement l'emploi de l'arme nucléaire. On ne saurait, sans faire totalement abstraction du contexte, interpréter l'arrêt dans l'affaire du *Lotus* comme énonçant une théorie, applicable aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre, selon laquelle un Etat serait libre d'agir à sa guise pourvu qu'il n'ait pas pris d'engagement contraire. Une telle interprétation de l'arrêt vouerait à un sort funeste le développement progressif du droit international.

Il est à noter qu'exactement quatre ans auparavant, à propos de la question de la souveraineté des Etats, la Cour permanente a remarqué, dans son avis consultatif concernant les *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, que la souveraineté des Etats aurait un champ de plus en plus réduit et de plus en plus restreint au fur et à mesure du développement du droit international (*avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 4*, p. 121-125, 127, 130). Au cours du demi-siècle qui s'est écoulé

humanitarian conduct in war — have developed considerably, imposing additional restrictions on State sovereignty over and above those that existed at the time of the *"Lotus"* case. This Court's own jurisprudence in the *Corfu Channel* case sees customary international law as imposing a duty on all States so to conduct their affairs as not to injure others, even though there was no prohibition *ipsissimis verbis* of the particular act which constituted a violation of the complaining nation's rights. This Court cannot in 1996 construe *"Lotus"* so narrowly as to take the law backward in time even beyond the Martens Clause.

10. Specific Rules of the Humanitarian Law of War

There are several interlacing principles which together constitute the fabric of international humanitarian law. Humanitarian law reveals not a paucity, but rather an abundance of rules which both individually and cumulatively render the use or threat of use of nuclear weapons illegal.

The rules of the humanitarian law of war have clearly acquired the status of *jus cogens*, for they are fundamental rules of a humanitarian character, from which no derogation is possible without negating the basic considerations of humanity which they are intended to protect. In the words of Roberto Ago, the rules of *jus cogens* include:

> "the fundamental rules concerning the safeguarding of peace, and notably those which forbid recourse to force or threat of force; *fundamental rules of a humanitarian nature* (prohibition of genocide, slavery and racial discrimination, *protection of essential rights of the human person in time of peace and war*); the rules prohibiting any infringement of the independence and sovereign equality of States; the rules which ensure to all members of the international community the enjoyment of certain common resources (high seas, outer space, etc.)" [108].

The question under consideration is not whether there is a prohibition in peremptory terms of nuclear weapons specifically so mentioned, but whether there are basic principles of a *jus cogens* nature which are violated by nuclear weapons. If there are such principles which are of a *jus cogens* nature, then it would follow that the weapon itself would be prohibited under the *jus cogens* concept.

---

[108] *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 134 (1971), p. 324, footnote 37; emphasis added. See, also, the detailed study of various peremptory norms in the international law of armed conflict, in Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, 1988, pp. 596-715, where the author finds that many of the principles of the humanitarian law of war are *jus cogens*.

depuis l'affaire du *Lotus*, le droit international et le droit relatif au comportement humanitaire en temps de guerre se sont, à l'évidence, considérablement développés, en ajoutant de nouvelles restrictions à la souveraineté des Etats qui existaient à l'époque de l'affaire en question. La Cour elle-même a établi, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, que le droit international coutumier imposait aux Etats le devoir de conduire leurs affaires de manière à ne pas causer de tort aux autres, alors même que l'acte portant atteinte aux droits de l'Etat plaignant ne faisait pas l'objet d'une prohibition formulée *ipsissimus verbis*. La Cour ne peut pas en 1996 faire sienne une interprétation de l'arrêt du *Lotus* tellement étroite qu'elle ramènerait le droit au stade où il se trouvait avant la clause de Martens.

10. Règles particulières du droit humanitaire de la guerre

Le droit international humanitaire comporte plusieurs principes qui s'entrelacent pour en constituer la trame. Il se caractérise non par un manque mais par une abondance de règles qui, séparément ou conjointement, frappent d'illicéité l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires.

Les règles du droit international humanitaire ont manifestement acquis le statut de règles du *jus cogens* car ce sont des règles fondamentales de caractère humanitaire auxquelles il ne peut être dérogé sans renier les considérations élémentaires d'humanité dont elles visent à assurer le respect. Les règles du *jus cogens* incluent, comme l'écrit Roberto Ago:

> «les règles fondamentales concernant la sauvegarde de la paix et notamment celles qui interdisent le recours à la force ou la menace de la force. Les *règles fondamentales de caractère humanitaire* (interdiction du génocide, de l'esclavage et de la discrimination raciale, *protection des droits essentiels de la personne humaine en temps de paix et en temps de guerre*); les règles qui interdisent les atteintes à l'indépendance et à l'égalité souveraine des Etats; les règles qui assurent à tous les membres de la communauté internationale la jouissance de certains biens communs (haute mer, espace extra-atmosphérique, etc.).»[108]

La question à l'examen n'est pas de savoir s'il existe une règle impérative qui interdit expressément les armes nucléaires mais de déterminer s'il y a des principes de base ressortissant au *jus cogens* auxquels les armes nucléaires portent atteinte. Dans l'hypothèse où de tels principes ressortissant au *jus cogens* pourraient être identifiés, il s'ensuivrait que l'arme elle-même est interdite sur la base du *jus cogens*.

---

[108] *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 134 (1971), p. 324, note 37 (les italiques sont de moi). On trouvera également une étude détaillée des normes impératives du droit international des conflits armés dans Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, 1988, p. 596-715, où l'auteur conclut que bon nombre des principes du droit humanitaire de la guerre relèvent du *jus cogens*.

As noted at the commencement of Part III, most of the States which support the view that the use of nuclear weapons is lawful acknowledge that international humanitarian law applies to their use, and that such use must conform to its principles. Among the more important of the relevant principles of international law are:

(a) the prohibition against causing unnecessary suffering;
(b) the principle of proportionality;
(c) the principle of discrimination between combatants and non-combatants;
(d) the obligation to respect the territorial sovereignty of non-belligerent States;
(e) the prohibition against genocide and crimes against humanity;
(f) the prohibition against causing lasting and severe damage to the environment;
(g) human rights law.

(a) *The prohibition against causing unnecessary suffering*

The Martens Clause, to which reference has already been made, gave classic formulation to this principle in modern law, when it spelt out the impermissibility of weapons incompatible with "the laws of humanity and the dictates of public conscience".

The prohibition against cruel and unnecessary suffering, long a part of the general principles of humanitarian law, has been embodied in such a large number of codes, declarations, and treaties as to constitute a firm and substantial body of law, each document applying the general principles to a specific situation or situations[109]. They illustrate the existence of overarching general principles transcending the specific instances dealt with.

The principle against unnecessary suffering has moreover been incorporated into standard military manuals. Thus the British *Manual of Military Law*, issued by the War Office in 1916, and used in World War I, reads:

> "*IV. The Means of Carrying on War*
>
> 39. The first principle of war is that the enemy's powers of resistance must be weakened and destroyed. The means that may be employed to inflict injury on him are not however unlimited [footnote cites Hague Rules 22, 'Belligerents have not an unlimited right

[109] Examples are the Lieber Code of 1863 (adopted by the United States for the Government of Armies in the Field); the Declaration of St. Petersburg of 1868; the Hague Conventions of 1899 and 1907; the Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare of 1925; the Hague Rules of Air Warfare of 1923; the Nuremberg Charter of 1945; and the four Geneva Conventions of 1949.

Comme je l'ai souligné au début de la section III, la plupart des Etats qui appuient la thèse de la licéité de l'emploi des armes nucléaires reconnaissent que le droit international humanitaire en régit l'utilisation, laquelle doit se conformer aux principes de ce droit. Les plus importants de ces principes sont, notamment, les suivants:

a) l'interdiction de causer des maux superflus;
b) le principe de proportionnalité;
c) le principe de distinction entre combattants et non-combattants;

d) l'obligation de respecter la souveraineté territoriale des Etats non belligérants;
e) l'interdiction du génocide et des crimes contre l'humanité;
f) l'interdiction de causer des dommages durables et graves à l'environnement;
g) le droit relatif aux droits de l'homme.

a) *L'interdiction de causer des maux superflus*

La clause de Martens déjà évoquée plus haut a donné à ce principe sa formulation classique en droit moderne en déclarant que ne sont pas permises les armes incompatibles avec «les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique».

L'interdiction de causer des souffrances cruelles et superflues, qui fait depuis longtemps partie des principes généraux du droit humanitaire, a été consacrée dans une multitude de codes, de déclarations et de traités qui constituent un corpus juridique solide et étoffé, chaque document faisant application des principes généraux à une ou plusieurs situations particulières[109]. Tous ces documents attestent l'existence de principes généraux supérieurs qui transcendent les réalités particulières visées dans chacun d'eux.

Le principe interdisant de causer des maux superflus a été incorporé dans les manuels militaires courants. Ainsi le *Manual of Military Law* britannique, publié par le War Office en 1916 et en usage pendant la première guerre mondiale, contient les dispositions suivantes:

> «*IV. Moyens utilisés dans la conduite de la guerre*
>
> 39. Le premier principe de la guerre est la nécessité d'affaiblir et de détruire la capacité de résistance de l'ennemi. Toutefois les moyens qui peuvent être employés pour lui nuire ne sont pas illimités [une note de bas de page cite l'article 22 du règlement de La Haye: «Les

[109] On peut mentionner, par exemple, le code Lieber de 1863 (adopté par les Etats-Unis d'Amérique en tant que règlement de campagne des armées); la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868; les conventions de La Haye de 1899 et de 1907; le protocole de 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques; le règlement de La Haye de 1923 sur la guerre aérienne; le statut de Nuremberg de 1945 et les quatre conventions de Genève de 1949.

> as to the choice of means of injuring the enemy']. They are in practice definitely restricted by international conventions and declarations, and also by the customary rules of warfare. And, moreover, there are the dictates of morality, civilization and chivalry, which ought to be obeyed.
>
> . . . . . .
>
> 42. It is expressly forbidden to employ arms, projectiles or material calculated to cause unnecessary suffering [Hague Rules 23 *(e)*]. Under this heading might be included such weapons as lances with a barbed head, irregularly shaped bullets, projectiles filled with broken glass and the like; also the scoring of the surface of bullets, the filing off the end of their hard case, and smearing on them any substance likely to inflame or wound. The prohibition is not, however, intended to apply to the use of explosives contained in mines, aerial torpedoes, or hand-grenades." (Pp. 242-243.)

Such was the Manual the British forces used in World War I, long before the principles of humanitarian warfare were as well entrenched as they now are[110].

As early as 1862, Franz Lieber accepted the position that even military necessity is subject to the law and usages of war, and this was incorporated in the instructions for the army[111]. Modern United States War Department Field Manuals are in strict conformity with the Hague Regulations and expressly subject military necessity to "the customary and conventional laws of war"[112].

The facts set out in Part II of this opinion are more than sufficient to establish that the nuclear weapon causes unnecessary suffering going far beyond the purposes of war.

An argument that has been advanced in regard to the principle regarding "unnecessary suffering" is that, under Article 23 *(e)* of the 1907 Hague Regulations, it is forbidden, "To employ arms, projectiles, or material *calculated* to cause unnecessary suffering" (emphasis added). The nuclear weapon, it is said, is not *calculated* to cause suffering, but suffering is rather a part of the "incidental side effects" of nuclear weapons explosions. This argument is met by the well-known legal principle that the doer of an act must be taken to have *intended* its natural and foreseeable consequences (see Section III.7 above). It is, moreover, a lit-

[110] On the importance of validity of military manuals, see Singh and McWhinney, *op. cit.*, pp. 52-53.

[111] General Orders 100, *Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*, s. 14.

[112] Singh and McWhinney, *op. cit.*, p. 59.

belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi.»]. Ils font en pratique l'objet de restrictions précises découlant de conventions et de déclarations internationales ainsi que des règles coutumières de la guerre. A cela s'ajoutent les exigences de la morale, de la civilisation et de l'honneur, qui doivent être respectées.

. . . . . .

42. Il est expressément interdit d'employer des armes, projectiles ou matières conçus pour causer des maux superflus [article 23 *e)* du règlement de La Haye]. Sont ici visés, entre autres, les lances à pointe barbelée, les balles de forme irrégulière, les projectiles remplis de verre brisé et autres matières du même genre; de même que la pratique consistant à faire des entailles à la surface des balles, de limer l'extrémité de leur enveloppe et de les enduire d'une substance susceptible de s'enflammer ou de blesser. Cette interdiction ne s'applique toutefois pas à l'utilisation des explosifs contenus dans les mines, torpilles aériennes ou grenades à main.» (P. 242-243.)

Voilà ce que disait le manuel des forces armées britanniques en usage pendant la première guerre mondiale, longtemps avant que les principes de la conduite humanitaire de la guerre n'aient acquis le solide statut qu'ils ont aujourd'hui[110].

Dès 1862, Franz Lieber a admis que même la nécessité militaire est soumise aux lois et usages de la guerre, principe qui a été incorporé dans les instructions adressées à l'armée[111]. Les manuels de campagne modernes publiés par le ministère de la guerre des Etats-Unis d'Amérique sont strictement conformes au règlement de La Haye et soumettent expressément la nécessité militaire aux «lois coutumières et conventionnelles de la guerre»[112].

Les faits décrits dans la section II de la présente opinion sont plus que suffisants pour établir que l'arme nucléaire cause des maux superflus excédant de beaucoup ce qu'exigent les buts de la guerre.

On a tiré argument, en ce qui concerne le principe relatif aux maux superflus, du fait que, aux termes de l'article 23 *e)* du règlement de La Haye de 1907, il est interdit «d'employer des armes, projectiles ou matières *conçus* pour causer des maux superflus» (les italiques sont de moi). L'arme nucléaire, a-t-on dit, n'est pas *conçue* pour causer des maux, les maux qu'elle cause relèvent plutôt des «effets secondaires» des explosions. On peut répondre à cet argument en s'appuyant sur le principe juridique bien connu que l'auteur d'un acte *doit être présumé* en avoir voulu toutes les conséquences naturelles et prévisibles (voir ci-dessus la

[110] Concernant la validité des manuels militaires et son importance, voir Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 52-53.

[111] Règle générale 100, *Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field*, s. 14.

[112] Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 59.

eral interpretation which does not take into account the spirit and underlying rationale of the provision — a method of interpretation particularly inappropriate to the construction of a humanitarian instrument. It may also be said that nuclear weapons are indeed deployed "in part with a view to utilising the destructive effects of radiation and fall-out"[113].

(b) *The principle of proportionality*

See discussion in Part IV below, pages 514-516.

(c) *The principle of discrimination*

The principle of discrimination originated in the concern that weapons of war should not be used indiscriminately against military targets and civilians alike. Non-combatants needed the protection of the laws of war. However, the nuclear weapon is such that non-discrimination is built into its very nature. A weapon that can flatten a city and achieve by itself the destruction caused by thousands of individual bombs is not a weapon that discriminates. The radiation it releases over immense areas does not discriminate between combatant and non-combatant, or indeed between combatant and neutral States.

Article 48 of the Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949 repeats as a "Basic Rule" the well-accepted rule of humanitarian law:

> "In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall *at all times* distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives." (Emphasis added.)

The rule of discrimination between civilian populations and military personnel is, like some of the other rules of *jus in bello*, of ancient vintage and shared by many cultures. We have referred already to the ancient Indian practice that Indian peasants would pursue their work in the fields, in the face of invading armies, confident of the protection afforded them by the tradition that war was a matter for the combatants[114]. This scenario, idyllic though it may seem, and so out of tune with the brutalities of war, is a useful reminder that basic humanitarian principles such as discrimination do not aim at fresh standards unknown before.

---

[113] Ian Brownlie, "Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons", *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, Vol. 14, p. 445.

[114] Nagendra Singh, *op. cit.*, footnote 69 above.

section III, paragraphe 7). Il repose en outre sur une interprétation littérale qui ne tient pas compte de l'esprit de la disposition ni des préoccupations dont elle s'inspire — méthode d'interprétation particulièrement contestable dans le cas d'un instrument humanitaire. On peut aussi faire valoir que les armes nucléaires sont en fait utilisées «en partie pour tirer avantage des effets destructeurs des rayonnements et des retombées»[113].

b) *Le principe de proportionnalité*

Voir le développement de ce point ci-après, section IV, p. 514-516.

c) *Le principe de distinction*

Le principe de distinction répond au souci d'éviter que les armes de guerre ne soient utilisées aveuglément contre des objectifs militaires et contre la population civile. Les non-combattants doivent être protégés par le droit de la guerre. Mais l'absence de distinction est l'essence même de l'arme nucléaire. Une arme qui peut raser une ville et provoquer à elle seule autant de destructions que des milliers de bombes n'est pas une arme qui établit une distinction quant à ses effets. Les rayonnements qu'elle émet dans d'immenses territoires ne font pas de distinction entre combattants et non-combattants ni, d'ailleurs, entre Etats belligérants et Etats neutres.

L'article 48 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949 réitère en tant que «règle fondamentale» la règle bien établie du droit humanitaire suivante:

> «En vue d'assurer le respect et la protection de la population civile et des biens de caractère civil, les parties au conflit doivent *en tout temps* faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires.» (Les italiques sont de moi.)

La règle de la distinction entre population civile et personnel militaire est, comme certaines autres règles du *jus in bello*, le fruit d'une longue tradition et l'apanage de nombreuses cultures. Nous avons déjà rappelé que, dans l'Inde d'autrefois, il était d'usage que les paysans continuent à travailler dans les champs, au voisinage de l'armée de l'envahisseur, confiants dans la protection que leur assurait la tradition qui faisait de la guerre une affaire de combattants[114]. Cette évocation, si idyllique qu'elle soit et si éloignée des atrocités de la guerre, nous rappelle utilement que des principes humanitaires fondamentaux comme le principe de distinction ne sont pas des normes récentes inconnues des époques antérieures.

[113] Ian Brownlie, «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, vol. 14, p. 445.
[114] Nagendra Singh, *op. cit.* ci-dessus note 69.

The protection of the civilian population in times of armed conflict has for long been a well-established rule of international humanitarian law. Additional Protocol I to the Geneva Conventions (1949) provides by Article 51 (5) *(b)*) that the "indiscriminate attacks" which it prohibits include:

> "an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated".

So, also, Article 57 (2) *(b)* prohibits attacks when:

> "the attack may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated".

The many facets of this rule were addressed in the resolution of the International Law Institute, passed at its Edinburgh Conference in 1969[115], which referred to them as prohibited by *existing* law as at that date. The acts described as prohibited by *existing law* included the following:

> "all attacks for whatsoever motive or by whatsoever means for the annihilation of any group, region or urban centre with no possible distinction between armed forces and civilian populations or between military objectives and non-military objects"[116];

> "any action whatsoever designed to terrorize the civilian population"[117];

> "the use of all weapons which, by their nature, affect indiscriminately both military objectives and non-military objects, or both armed forces and civilian populations. In particular, it prohibits the use of weapons the destructive effect of which is so great that it cannot be limited to specific military objectives or is otherwise uncontrollable . . ., as well as of 'blind' weapons."[118]

---

[115] On the eminent juristic support for this proposition, see Section III.11 below.

[116] *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, No. 53, Vol. II, p. 377, para. 8; Iran, CR 95/26, p. 47, footnote 45.

[117] *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, No. 53, Vol. II, p. 377, para. 6.

[118] *Ibid.*, para. 7.

Le principe de la protection de la population civile en période de conflit armé est depuis longtemps une règle bien établie du droit international humanitaire. Le protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949 dispose au paragraphe 5, lettre *b)*, de son article 51 que les «attaques effectuées sans discrimination» qu'il interdit comprennent:

> «les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu».

De même, aux termes du paragraphe 2, lettre *b)*, de l'article 57, une attaque est interdite lorsqu'il apparaît:

> «que l'on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu».

Les nombreux comportements relevant de cette règle ont été analysés dans la résolution adoptée par l'Institut de droit international à la conférence d'Edimbourg en 1969[115], qui les a déclarés interdits par le droit *en vigueur* à l'époque. Au nombre des actes décrits comme interdits par *le droit en vigueur* figurent:

> «toutes les attaques menées à quelque titre que ce soit et par n'importe quel moyen et destinées à l'anéantissement d'un groupe, d'une région ou d'un centre urbain sans distinction possible entre forces armées et populations civiles ou entre objectifs militaires et objets non militaires»[116];
>
> «toutes les actions qui, à quelque titre que ce soit, sont destinées à semer la terreur dans la population civile»[117];
>
> «l'emploi de toutes les armes qui, par leur nature, frappent sans distinction objectifs militaires et objets non militaires, forces armées et populations civiles. Est interdit notamment l'emploi des armes dont l'effet destructeur est trop grand pour pouvoir être limité à des objectifs militaires déterminés ou dont l'effet est incontrôlable ... ainsi que des armes aveugles.»[118]

---

[115] Au sujet de l'appui qu'a reçu ce texte de la part des auteurs les plus éminents, voir ci-après la section III, paragraphe 11.

[116] *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, n° 53, vol. II, p. 360, par. 8; Iran, CR 95/26, p. 47, note 45.

[117] *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, n° 53, vol. II, p. 377, par. 6.

[118] *Ibid.*, par. 7.

(d) *Respect for non-belligerent States*

When nuclear weapons are used their natural and foreseeable consequence of irreparable damage to non-belligerent third parties is a necessary consideration to be taken into reckoning in deciding the permissibility of the weapon. It is not merely a single non-belligerent State that might be irretrievably damaged, but the entire global community of States. The uncontainability of radiation extends it globally. The enormous area of damage caused by nuclear weapons, as compared with the most powerful conventional weapons, appears from the diagram appended to this opinion, which is taken from WHO studies. When wind currents scatter these effects further, it is well established by the TTAPS and other studies that explosions in one hemisphere can spread their deleterious effects even to the other hemisphere. No portion of the globe — and therefore no country — could be free of these effects.

The argument of lack of intention has been addressed in this context as well. In terms of this argument, an action directed at an enemy State is not intended to cause damage to a third party, and if such damage in fact ensues, it is not culpable. This argument has already been dealt with in an earlier section of this opinion, when it was pointed out that such an argument is untenable (see Section III.7). The launching of a nuclear weapon is a deliberate act. Damage to neutrals is a natural, foreseeable and, indeed, inevitable consequence. International law cannot contain a rule of non-responsibility which is so opposed to the basic principles of universal jurisprudence.

(e) *The prohibition against genocide*[119]

The Court's treatment of the relevance of genocide to the nuclear weapon is, in my view, inadequate (paragraph 26 of the Opinion).

Nuclear weapons used in response to a nuclear attack, especially in the event of an all-out nuclear response, would be likely to cause genocide by triggering off an all-out nuclear exchange, as visualized in Section IV below. Even a single "small" nuclear weapon, such as those used in Japan, could be instruments of genocide, judging from the number of deaths they are known to have caused. If cities are targeted, a single bomb could cause a death toll exceeding a million. If the retaliatory weapons are more numerous, on WHO's estimates of the effects of nuclear war, even a billion people, both of the attacking State and of others, could be killed. This is plainly genocide and, whatever the circumstances, cannot be within the law.

[119] See, further, Section III.10 *(g)* below on human rights law.

d) *Respect des Etats non belligérants*

Le dommage irréparable aux tierces parties non belligérantes, qui est la conséquence naturelle et prévisible de l'emploi des armes nucléaires, est un facteur à prendre en considération pour décider si de telles armes sont permises ou non. Ce n'est pas un seul Etat non belligérant mais l'ensemble de la communauté des Etats qui risque de subir des dommages irrémédiables. Comme les rayonnements sont impossibles à arrêter, ils se propagent dans le monde entier. L'étendue démesurée des dommages que causent les armes nucléaires par rapport aux plus puissantes des armes classiques est mise en évidence par le diagramme joint en annexe à la présente opinion, qui est repris des études de l'Organisation mondiale de la Santé. Diverses études, dont l'étude TTAPS, établissent de façon concluante que, lorsque les vents accentuent la dispersion des retombées, les effets délétères des explosions dans un hémisphère peuvent se propager à l'autre hémisphère. Aucune partie du globe — et donc aucun pays — n'est à l'abri de ces effets.

J'ai examiné dans le même contexte l'argument du défaut d'intention selon lequel une action dirigée contre un Etat ennemi n'est pas caractérisée par une intention de causer des dommages à une tierce partie; si de tels dommages sont causés, elle n'engage pas la responsabilité de son auteur. Cet argument a déjà été analysé plus haut et j'ai souligné qu'il était indéfendable (sect. III, par. 7). Le lancement d'une arme nucléaire est un acte délibéré. Les dommages aux pays neutres en sont la conséquence naturelle, prévisible et même inévitable. Le droit international ne peut pas faire place à une règle de non-responsabilité si radicalement opposée aux principes fondamentaux de la doctrine juridique universelle.

e) *L'interdiction du génocide*[119]

J'estime que ce que dit la Cour sur les rapports entre l'arme nucléaire et le génocide est inadéquat (paragraphe 26 de l'avis).

L'emploi d'armes nucléaires dans le cadre d'une riposte à une attaque nucléaire, surtout dans l'hypothèse d'une riposte généralisée, causerait vraisemblablement un génocide en déclenchant un échange nucléaire généralisé du type envisagé à la section IV (ci-après). Même une bombe nucléaire «modeste», du genre de celles qui ont été utilisées au Japon, pourrait être un instrument de génocide si l'on considère le nombre de personnes qui ont été tuées dans ce pays à la suite de ces explosions. Lancée sur une ville, une seule bombe pourrait faire plus d'un million de morts. Si un nombre plus élevé de bombes devait être utilisé en riposte, le nombre des morts pourrait, selon les estimations de l'Organisation mondiale de la Santé sur les effets de la guerre nucléaire, atteindre, dans le pays auteur de l'attaque et les autres pays, le total de un milliard. Un tel résultat constitue bien un génocide et ne peut, quelles que soient les circonstances, être toléré par le droit.

[119] Voir aussi, sur ce point, ci-après la section III, paragraphe 10, lettre *g)*, concernant le droit relatif aux droits de l'homme.

When a nuclear weapon is used, those using it must know that it will have the effect of causing deaths on a scale so massive as to wipe out entire populations. Genocide, as defined in the Genocide Convention (Art. II), means any act committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such. Acts included in the definition are killing members of the group, causing serious bodily or mental harm to members of the group, and deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part.

In discussions on the definition of genocide in the Genocide Convention, much play is made upon the words "as such". The argument offered is that there must be an intention to target a particular national, ethnical, racial or religious group qua such group, and not incidentally to some other act. However, having regard to the ability of nuclear weapons to wipe out blocks of population ranging from hundreds of thousands to millions, there can be no doubt that the weapon targets, in whole or in part, the national group of the State at which it is directed.

Nuremberg held that the extermination of the civilian population in whole or in part is a crime against humanity. This is precisely what a nuclear weapon achieves.

(f) *The prohibition against environmental damage*

The environment, the common habitat of all Member States of the United Nations, cannot be damaged by any one or more members to the detriment of all others. Reference has already been made, in the context of dictates of public conscience (Section III.6 above), to the fact that the principles of environmental protection have become "so deeply rooted in the conscience of mankind that they have become particularly essential rules of general international law"[120]. The International Law Commission has indeed classified massive pollution of the atmosphere or of the seas as an international crime[121]. These aspects have been referred to earlier.

Environmental law incorporates a number of principles which are violated by nuclear weapons. The principle of intergenerational equity and the common heritage principle have already been discussed. Other principles of environmental law, which this request enables the Court to recognize and use in reaching its conclusions, are the precautionary principle, the principle of trusteeship of earth resources, the principle that the

[120] Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, Vol. II, Part II, p. 109, para. 33.

[121] Draft Article 19 (3) *(d)* on "State Responsibility" of the International Law Commission, *ibid.*, p. 96.

Quiconque emploie une bombe nucléaire sait nécessairement qu'elle aura pour effet de tuer un si grand nombre de personnes que des populations entières disparaîtront. Le génocide, selon la définition qu'en donne la convention sur le génocide (art. II), s'entend de tout acte commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel. Les actes inclus dans la définition sont notamment les suivants: meurtre de membres du groupe, atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe et soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle.

Il existe une tendance, dans les discussions sur la définition du génocide dans la convention, à mettre trop l'accent sur les mots «comme tel». L'argument qu'on en tire est que l'atteinte à un groupe national, ethnique, racial ou religieux en tant que tel doit être un résultat intentionnel et non pas un effet secondaire d'un autre acte. Mais puisque les bombes nucléaires ont la capacité d'anéantir massivement la population, les chiffres s'échelonnant entre plusieurs centaines de milliers et plusieurs millions de personnes, il ne fait pas de doute que l'arme vise, en tout ou en partie, le groupe national de l'Etat contre lequel elle est dirigée.

Le Tribunal de Nuremberg a jugé que l'extermination de la population civile en tout ou en partie est un crime contre l'humanité. C'est précisément le résultat auquel aboutit une arme nucléaire.

f) *L'interdiction des dommages à l'environnement*

L'environnement, l'habitat commun de tous les Etats Membres des Nations Unies, ne peut être endommagé par un ou plusieurs Membres au détriment des autres. J'ai déjà rappelé, à propos des exigences de la conscience publique (ci-dessus sect. III, par. 6), que les principes de la protection de l'environnement sont aujourd'hui «si profondément ancrés dans la conscience de l'humanité qu'ils sont devenus des règles particulièrement essentielles du droit international général»[120]. La Commission du droit international a même qualifié de crime international la pollution massive de l'atmosphère ou des mers[121]. Ces aspects ont été évoqués plus haut.

Le droit de l'environnement comporte un certain nombre de principes auxquels les armes nucléaires portent atteinte. Le principe de l'équité intergénérations et le principe du patrimoine commun ont déjà été mentionnés. Parmi les autres principes du droit de l'environnement susceptibles d'être reconnus par la Cour à la faveur de la présente demande d'avis consultatif et d'être utilisés dans la formulation de ses conclusions

[120] Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, deuxième partie, p. 101, par. 33.

[121] Paragraphe 3 *d)* de l'article 19 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats, *ibid.*, p. 89.

burden of proving safety lies upon the author of the act complained of, and the "polluter pays principle", placing on the author of environmental damage the burden of making adequate reparation to those affected[122]. There have been juristic efforts in recent times to formulate what have been described as "principles of ecological security" — a process of norm creation and codification of environmental law which has developed under the stress of the need to protect human civilization from the threat of self-destruction.

One writer[123], in listing eleven such principles, includes among them the "Prohibition of Ecological Aggression", deriving this principle *inter alia* from such documents as the 1977 Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques which entered into force on 5 October 1978 (1108 *UNTS*, p. 151), and the United Nations General Assembly resolution "Historical responsibility of States for the preservation of nature for present and future generations" (General Assembly resolution 35/8 of 30 October 1980).

The same writer points out that,

> "Under Soviet [now Russian] legal doctrine, the deliberate and hostile modification of the environment — ecocide — is unlawful and considered an international crime."[124]

Another writer, drawing attention to the need for a co-ordinated, collective response to the global environmental crisis and the difficulty of envisioning such a response, observes:

> "But circumstances are forcing just such a response; if we cannot embrace the preservation of the earth as our new organizing principle, the very survival of our civilization will be in doubt."[125]

Here, forcefully stated, is the driving force behind today's environmental law — the "new organizing principle" of preservation of the earth, without which all civilization is in jeopardy.

A means already at work for achieving such a co-ordinated collective response is international environmental law, and it is not to be wondered

---

[122] See the references to these principles in my dissenting opinion in *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the* Nuclear Tests (New Zealand *v.* France) *Case, I.C.J. Reports 1995*, pp. 339-347.

[123] A. Timoshenko, "Ecological Security: Global Change Paradigm", *Columbia Journal of International Environmental Law and Policy*, 1990, Vol. 1, p. 127.

[124] Timoshenko, *op. cit.*

[125] A. Gore, *Earth in the Balance: Ecology and the Human Spirit*, 1992, p. 295, cited in Guruswamy, Palmer and Weston, *International Environmental Law and World Order*, 1994, p. 264.

figurent le principe de précaution, le principe de la tutelle sur les ressources de la terre, le principe suivant lequel la charge de la preuve que les mesures de sécurité ont été prises incombe à l'auteur de l'acte mis en cause et le principe «pollueur-payeur» qui impose à l'auteur d'un dommage à l'environnement l'obligation d'indemniser les victimes comme il convient[122]. Des efforts ont été faits récemment sur le plan juridique pour formuler ce qu'on a appelé les «principes de la sécurité écologique» dans le cadre d'un processus de développement normatif et de codification du droit de l'environnement motivé par la nécessité de protéger la civilisation humaine contre la menace de son autodestruction.

Un auteur[123] qui énumère onze principes de cette nature inclut parmi eux la «prohibition de l'agression écologique» en se fondant notamment sur la convention de 1977 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, qui est entrée en vigueur le 5 octobre 1978 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1108, p. 151), ainsi que sur la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies intitulée «Responsabilité historique des Etats concernant la préservation de la nature pour les générations présentes et futures» (résolution 35/8 en date du 30 octobre 1980).

Le même auteur souligne que:

> «Dans la doctrine juridique soviétique [aujourd'hui russe], la modification délibérée, à des fins hostiles, de l'environnement — l'écocide — est illicite et considérée comme un crime international.»[124]

Un autre auteur, après avoir appelé l'attention sur la nécessité de concevoir une réaction collective coordonnée à la crise mondiale de l'environnement et sur la difficulté d'y parvenir, fait observer:

> «Mais les circonstances exigent impérieusement une telle réaction; si nous ne sommes pas capables de faire de la préservation de la planète notre nouveau principe d'organisation, c'est la survie même de notre civilisation qui sera compromise.»[125]

Voilà une définition vigoureuse de ce qui inspire le droit de l'environnement de notre temps, la préservation de la planète en tant que «nouveau principe d'organisation» sans lequel toute civilisation est en danger.

Un moyen, d'ores et déjà mis en œuvre, de parvenir à la réaction collective organisée évoquée plus haut est de s'appuyer sur le droit inter-

---

[122] Voir les références à ces principes dans mon opinion dissidente relative à l'affaire de la *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des* Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), *C.I.J. Recueil 1995*, p. 339-347.

[123] A. Timoschenko, «Ecological Security: Global Change Paradigm?» *Columbia Journal of International Environmental Law and Policy*, 1990, vol. 1, p. 127.

[124] Timoschenko, *op. cit.*

[125] A. Gore, *Earth in the Balance: Ecology and the Human Spirit*, 1992, p. 295, cité dans Guruswamy, Palmer et Weston, *International Environmental Law and World Order*, 1994, p. 264.

at that these basic principles ensuring the survival of civilization, and indeed of the human species, are already an integral part of that law.

The same matter is put in another perspective in an outstanding study, already referred to:

> "The self-extinction of our species is not an act that anyone describes as sane or sensible; nevertheless, it is an act that, without quite admitting it to ourselves, we plan in certain circumstances to commit. Being impossible as a fully intentional act, unless the perpetrator has lost his mind, it can come about only through a kind of inadvertence — as a 'side effect' of some action that we do intend, such as the defense of our nation, or the defense of liberty, or the defense of socialism, or the defense of whatever else we happen to believe in. To that extent, our failure to acknowledge the magnitude and significance of the peril is a necessary condition for doing the deed. We can do it only if we don't quite know what we're doing. If we did acknowledge the full dimensions of the peril, admitting clearly and without reservation that any use of nuclear arms is likely to touch off a holocaust in which the continuance of all human life would be put at risk, extinction would at that moment become not only 'unthinkable' but also undoable."[126]

These principles of environmental law thus do not depend for their validity on treaty provisions. They are part of customary international law. They are part of the *sine qua non* for human survival.

Practical recognitions of the principle that they are an integral part of customary international law are not difficult to find in the international arena. Thus, for example, the Security Council, in resolution 687 of 1991, referred to Iraq's liability "under international law . . . for environmental damage" resulting from the unlawful invasion of Kuwait. This was not a liability arising under treaty, for Iraq was not a party to either the 1977 ENMOD Convention, nor the 1977 Protocols, nor any other specific treaty dealing expressly with the matter. Iraq's liability to which the Security Council referred in such unequivocal terms was clearly a liability arising under customary international law[127].

Nor are these principles confined to either peace or war, but cover both situations, for they proceed from general duties, applicable alike in peace and war[128].

---

[126] Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 1982, p. 186.

[127] A submission to this effect was made by the Solomon Islands in the hearings before the Court (CR 95/32, Sands, p. 71).

[128] See, for example, the phraseology of Principle 21 of the Stockholm Declaration and Principle 2 of the Rio Declaration, referring to the duties of States to prevent damage to the environment of other States.

national de l'environnement et il n'est pas étonnant que les principes de base axés sur la survie de la civilisation, voire de l'espère humaine, fassent déjà partie intégrante de ce droit.

La même question est abordée sous un angle différent dans une étude remarquable où il est dit ce qui suit:

> «L'auto-annihilation de notre espèce n'est pas un acte qu'on puisse qualifier de rationnel ou de raisonnable; pourtant c'est un acte que, sans tout à fait nous l'avouer à nous-mêmes, nous sommes prêts à commettre dans certaines circonstances. Ne pouvant être un acte entièrement intentionnel à moins que son auteur n'ait perdu l'esprit, il ne peut survenir qu'à la suite de quelque inadvertance, dans le sillage d'une activité qui, elle, est intentionnelle, par exemple la défense de notre patrie, ou la défense de la liberté, ou la défense du socialisme ou la défense de n'importe quelle cause dans laquelle nous croyons. Ce n'est donc que parce que nous ne mesurons pas l'ampleur et la gravité du péril que nous nous comportons comme nous le faisons. Nous ne pouvons agir ainsi que si nous ne voyons pas bien où nous conduisent nos actions. Si nous prenions conscience de l'ampleur du danger et reconnaissions sans détour et sans réserve que tout emploi de l'arme nucléaire risque de provoquer un holocauste dont l'issue pourrait être la disparition de toute vie humaine, nous verrions alors l'annihilation comme une chose non seulement impensable mais infaisable.»[126]

Les principes du droit de l'environnement ne tirent pas leur validité de dispositions conventionnelles. Ils relèvent du droit international coutumier. Ils sont l'une des conditions *sine qua non* de la survie de l'humanité.

Qu'ils fassent partie intégrante du droit international coutumier, l'activité internationale en apporte la preuve concrète dans divers contextes. C'est ainsi que, dans sa résolution 687 de 1991, le Conseil de sécurité a déclaré que l'Iraq était «responsable en vertu du droit international ... [des] atteintes à l'environnement» résultant de son invasion illicite du Koweït. Cette responsabilité ne découlait pas d'un traité car l'Iraq n'était partie ni à la convention de 1977 sur la modification de l'environnement ni aux protocoles additionnels de 1977 ni à aucun instrument traitant expressément de la question. La responsabilité de l'Iraq, affirmée par le Conseil de sécurité en termes si dépourvus d'ambiguïté, était manifestement une responsabilité fondée sur le droit international coutumier[127].

Les principes en question s'appliquent aussi bien en temps de guerre qu'en temps de paix car ils procèdent d'obligations générales applicables dans les deux situations[128].

---

[126] Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 1982, p. 186.

[127] Une conclusion en ce sens a été formulée par les Iles Salomon au cours des audiences (CR 95/32, Sands, p. 71).

[128] Voir, par exemple, la manière dont sont rédigés le principe 21 de la déclaration de Stockholm et le principe 2 de la déclaration de Rio relatifs aux devoirs des Etats en matière de prévention des dommages à l'environnement d'autres Etats.

The basic principle in this regard is spelt out by Article 35 (3) of the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Convention in terms prohibiting

> "methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment".

Article 55 prohibits

> "the use of methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause such damage to the natural environment and thereby to prejudice the health or survival of the population".

The question is not whether nuclear weapons were or were not intended to be covered by these formulations. It is sufficient to read them as stating undisputed principles of customary international law. To consider that these general principles are not explicit enough to cover nuclear weapons, or that nuclear weapons were designedly left unmentioned and are therefore not covered, or even that there was a clear understanding that these provisions were not intended to cover nuclear weapons, is to emphasize the incongruity of prohibiting lesser weapons of environmental damage, while leaving intact the infinitely greater agency of causing the very damage which it was the rationale of the treaty to prevent.

If there are general duties arising under customary international law, it clearly matters not that the various environmental agreements do not specifically refer to damage by nuclear weapons. The same principles apply whether we deal with belching furnaces, leaking reactors or explosive weapons. The mere circumstance that coal furnaces or reactors are not specifically mentioned in environmental treaties cannot lead to the conclusion that they are exempt from the incontrovertible and well-established standards and principles laid down therein.

Another approach to the applicability of environmental law to the matter before the Court is through the principle of good neighbourliness, which is both impliedly and expressly written into the United Nations Charter. This principle is one of the bases of modern international law, which has seen the demise of the principle that sovereign States could pursue their own interests in splendid isolation from each other. A world order in which every sovereign State depends on the same global environment generates a mutual interdependence which can only be implemented by co-operation and good neighbourliness.

The United Nations Charter spells this out as "the general principle of good-neighbourliness, due account being taken of the interests and well-being of the rest of the world, in social, economic, and commercial matters" (Art. 74). A course of action that can destroy the global environment will take to its destruction not only the environment, but the social,

Le principe de base en la matière est énoncé au paragraphe 3 de l'article 35 du protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève qui interdit:

> «d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel».

L'article 55, quant à lui, interdit:

> «d'utiliser des méthodes ou des moyens de guerre conçus pour causer ou dont peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant de ce fait la santé ou la survie de la population».

La question n'est pas de savoir si l'on a voulu ou non viser les armes nucléaires. Il suffit de voir dans ces dispositions des énoncés de principes incontestés du droit international coutumier. Soutenir que les principes généraux ainsi énoncés ne sont pas assez explicites pour pouvoir être considérés comme applicables aux armes nucléaires ou que les armes nucléaires ont été délibérément passées sous silence et ne sont donc pas couvertes ou même qu'il était clairement entendu que les armes nucléaires n'entraient pas dans le champ des dispositions en cause, c'est mettre en relief l'incongruité d'une thèse qui reconnaît comme interdites les armes présentant une nocivité moindre pour l'environnement mais laisse intact un moyen infiniment plus puissant de causer les dommages que le traité a pour but de prévenir.

Dès lors qu'existent des obligations générales découlant du droit international coutumier, il importe peu que les divers accords sur l'environnement contiennent ou non une mention expresse des dommages causés par les armes nucléaires. Les mêmes principes s'appliquent que l'on soit en présence de hauts fourneaux qui émettent des fumées, de réacteurs présentant des fuites ou d'engins explosifs. On ne saurait déduire du fait que les hauts fourneaux et les réacteurs ne sont pas expressément désignés dans les traités sur l'environnement qu'ils sont soustraits au champ d'application des normes et principes indiscutables et bien établis énoncés dans ces traités.

La question de l'applicabilité du droit de l'environnement dans le présent contexte peut aussi être abordée sous l'angle du principe du bon voisinage qui est à la fois implicitement et expressément consacré dans la Charte des Nations Unies. Ce principe est l'une des bases du droit international moderne, qui a vu l'échec d'un système où chaque Etat souverain pouvait s'employer à défendre ses intérêts dans un splendide isolement par rapport aux autres Etats. Un ordre mondial dans lequel tous les Etats souverains sont tributaires du même environnement a pour corollaire une interdépendance mutuelle qui exige coopération et bon voisinage.

La Charte des Nations Unies fait mention du «principe général du bon voisinage dans le domaine social, économique et commercial, compte tenu des intérêts et de la prospérité du reste du monde» (art. 74). Un choix qui peut conduire à la destruction de l'environnement planétaire sera fatal non seulement à l'environnement mais aussi aux intérêts dans le

economic and commercial interests that cannot exist apart from that environment. The Charter's express recognition of such a general duty of good neighbourliness makes this an essential part of international law.

This Court, from the very commencement of its jurisprudence, has supported this principle by spelling out the duty of every State not to "allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States" (*Corfu Channel, I.C.J. Reports 1949*, p. 22).

The question of State responsibility in regard to the environment is dealt with more specifically in my dissenting opinion on the WHO request (*I.C.J. Reports 1996*, pp. 139-143), and that discussion must be regarded as supplementary to the discussion of environmental considerations in this opinion. As therein pointed out, damage to the environment caused by nuclear weapons is a breach of State obligation, and this adds another dimension to the illegality of the use or threat of use of nuclear weapons.

(g) *Human rights law*[129]

This opinion has dealt in Section III.3 with the ways in which the development of human rights in the post-war years has made an impact on "considerations of humanity" and "dictates of public conscience".

Concentrating attention more specifically on the rights spelt out in the Universal Declaration of Human Rights, it is possible to identify the right to dignity (Preamble and Art. 1), the right to life, the right to bodily security (Art. 3), the right to medical care (Art. 25 (1)), the right to marriage and procreation (Art. 16 (1)), the protection of motherhood and childhood (Art. 25 (2)), and the right to cultural life (Art. 27 (1)), as basic human rights which are endangered by nuclear weapons.

It is part of established human rights law doctrine that certain rights are non-derogable in any circumstances. The right to life is one of them. It is one of the rights which constitute the irreducible core of human rights.

The preamble to the Declaration speaks of recognition of the inherent dignity of all members of the human family as the foundation of freedom, justice and peace in the world. Article 1 follows this up with the specific averment that "All human beings are born free and equal in dignity and rights." Article 6 states that everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law. The International Covenant on Civil and Political Rights made this right more explicit and imposed on States the affirmative obligation of protecting it by law. Article 6 (1)

[129] See, also, Section III.6 below.

domaine social, économique et commercial qui dépendent étroitement de cet environnement. En reconnaissant expressément l'existence d'un devoir général de bon voisinage, la Charte fait de ce devoir un élément essentiel du droit international.

La Cour a, dès le début de ses activités, appuyé ce principe en affirmant le devoir de tout Etat de ne pas «laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits des autres Etats» (*Détroit de Corfou, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22).

La question de la responsabilité des Etats à l'égard de l'environnement est analysée plus en détail dans mon opinion dissidente relative à la demande d'avis consultatif de l'Organisation mondiale de la Santé (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 139-143) et cette analyse doit être considérée comme un complément à l'examen des problèmes d'environnement contenu dans la présente opinion. Comme je l'ai indiqué dans cette opinion dissidente, le dommage causé à l'environnement par les armes nucléaires est la conséquence de la violation d'une obligation incombant à l'Etat, ce qui ajoute une dimension de plus à la question de l'illicéité de l'emploi ou de la menace d'emploi des armes nucléaires.

g) *Droit relatif aux droits de l'homme*[129]

Dans la présente opinion, j'ai évoqué à la section III, paragraphe 6, l'influence qu'a eue le développement des droits de l'homme dans la période d'après-guerre sur les notions de «considérations d'humanité» et d'«exigences de la conscience publique».

Une analyse plus détaillée du contenu de la Déclaration universelle des droits de l'homme conduit à ranger parmi les droits fondamentaux de l'homme auxquels les armes nucléaires portent atteinte le droit à la dignité (préambule et article premier), le droit à la vie, le droit de l'individu à la sûreté de sa personne (art. 3), le droit aux soins médicaux (art. 25, par. 1), le droit de se marier et de procréer (art. 16, par. 1), la protection de la maternité et de l'enfance (art. 25, par. 2) et le droit à la vie culturelle (art. 27, par. 1).

Selon la doctrine établie en matière de droits de l'homme, il n'est pas possible de déroger à certains droits en aucune circonstance, notamment au droit à la vie, qui fait partie du noyau irréductible des droits de l'homme.

Le préambule de la Déclaration affirme que la reconnaissance de la dignité inhérente de tous les membres de la famille humaine constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. L'article premier proclame que: «Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits.» L'article 6 dispose que chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques précise ce droit et oblige les Etats à faire en sorte qu'il soit protégé par la loi. Le paragraphe 1 de l'article 6

[129] Voir aussi ci-dessus la section III, paragraphe 6.

states, "Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law." States parties to the Covenant expressly assumed the responsibility to implement the provisions of the Covenant.

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950, Art. 2) and the American Convention of Human Rights (1969, Art. 4) likewise confirm the right to life. It is one of the non-derogable rights and an integral part of the irreducible core of human rights.

It has been argued that the right to life is not an absolute right and that the taking of life in armed hostilities is a necessary exception to this principle. However, when a weapon has the potential to kill between one million and one billion people, as WHO has told the Court, human life becomes reduced to a level of worthlessness that totally belies human dignity as understood in any culture. Such a deliberate action by an State is, in any circumstances whatsoever, incompatible with a recognition by it of that respect for basic human dignity on which world peace depends, and respect for which is assumed on the part of all Member States of the United Nations.

This is not merely a provision of the Universal Declaration on Human Rights and other human rights instruments, but is fundamental Charter law as enshrined in the very preamble to the United Nations Charter, for one of the ends to which the United Nations is dedicated is "to reaffirm faith in fundamental human rights, in the *dignity and worth* of the human person" (emphasis added). No weapon ever invented in the long history of man's inhumanity to man has so negatived the dignity and worth of the human person as has the nuclear bomb.

Reference should also be made to the General Comment of the United Nations Human Rights Committee entitled "The Right to Life and Nuclear Weapons"[130] which endorsed the view of the General Assembly that the right to life is especially pertinent to nuclear weapons[131]. Stating that nuclear weapons are among the greatest threats to life and the right to life, it carried its view of the conflict between nuclear weapons and international law so far as to propose that their use should be recognized as crimes against humanity.

All of these human rights follow from one central right — a right described by René Cassin as "the right of human beings to exist" (CR 95/32, p. 64, including footnote 20). This is the foundation of the elaborate structure of human rights that has been painstakingly built by the world community in the post-war years.

Any endorsement of the legality of the use, in any circumstances what

[130] Gen. C 14/23, reproduced in M. Nowak, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights*, 1983, p. 861.

[131] General Assembly resolution 38/75, "Condemnation of Nuclear War", first operative paragraph.

est conçu comme suit: «Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi.» Les Etats parties au pacte se sont expressément engagés à donner effet aux dispositions du pacte.

La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950, art. 2) et la convention américaine relative aux droits de l'homme (1969, art. 4) proclament également le droit à la vie. C'est l'un des droits auxquels il n'est pas possible de déroger et qui fait partie intégrante du noyau irréductible des droits de l'homme.

On a soutenu que le droit à la vie n'est pas un droit absolu et que la privation de la vie durant des hostilités est une exception nécessaire à ce principe. Mais lorsqu'une arme peut tuer entre un million et un milliard de personnes, comme l'Organisation mondiale de la Santé l'a indiqué à la Cour, la vie humaine se trouve dévalorisée au point qu'il n'y a plus de dignité humaine au sens où on l'entend dans toutes les cultures. Un Etat qui entreprend délibérément en quelque circonstance que ce soit une action aboutissant à ce résultat porte atteinte au respect de la dignité fondamentale de la personne humaine dont dépend la paix du monde et auquel sont tenus tous les Etats Membres des Nations Unies.

Je ne me réfère pas seulement ici à des dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme ou d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme, mais à un aspect fondamental du droit de la Charte dont le préambule indique que les peuples des Nations Unies sont notamment résolus à «proclamer à nouveau [leur] foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans *la dignité et la valeur* de la personne humaine» (les italiques sont de moi). Jamais au cours d'une longue histoire marquée par l'inhumanité de l'homme envers l'homme n'a été inventée une arme qui est si contraire, comme c'est le cas de l'arme nucléaire, à la dignité et à la valeur de la personne humaine.

Il faut aussi mentionner l'observation générale du Comité des droits de l'homme des Nations Unies intitulée «Le droit à la vie et les armes nucléaires»[130], qui fait sienne l'opinion de l'Assemblée générale selon laquelle le droit à la vie est particulièrement pertinent dans le cas des armes nucléaires[131]. Considérant que les armes nucléaires constituent l'une des plus graves menaces à la vie et au droit à la vie, le Comité a vu un tel conflit entre les armes nucléaires et le droit international qu'il a proposé de qualifier l'emploi de ces armes de crime contre l'humanité.

Tous ces droits de l'homme procèdent d'un droit fondamental — décrit par René Cassin comme «le droit des êtres humains à l'existence» (CR 95/32, p. 64, y compris la note 20). C'est sur cette base que le système des droits de l'homme dans toute sa complexité a été laborieusement construit par la communauté mondiale pendant la période d'après guerre.

Reconnaître la licéité, en quelque circonstance que ce soit, de l'emploi

[130] Gen. C 14/23 reproduit dans M. Nowak, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights*, 1983, p. 861.

[131] Résolution 38/75 de l'Assemblée générale intitulée «Condamnation de la guerre nucléaire», paragraphe 1 du dispositif.

soever, of a weapon which can snuff out life by the million would tear out the foundations beneath this elaborate structure which represents one of the greatest juristic achievements of this century. That structure, built upon one of the noblest and most essential concepts known to the law, cannot theoretically be maintained if international law allows this right to any State. It could well be written off the books.

11. Juristic Opinion

It would be correct to say that the bulk of juristic opinion is of the view that nuclear weapons offend existing principles of humanitarian law. Juristic opinion is an important source of international law and there is no room in this opinion for a citation of all the authorities. It will suffice, for present purposes, to refer to a resolution already noted in an earlier part of this discussion — the resolution adopted by the Institute of International Law in 1969, at its Edinburgh Session, at a time when juristic writing on nuclear arms had not reached its present level of intensity and was in fact quite scarce.

The finding of the Institute, already cited (see Section III.10 *(b)* above), that *existing* international law prohibits, in particular, the use of weapons whose destructive effect "is so great that it cannot be limited to specific military objectives or is otherwise uncontrollable . . ., as well as of 'blind' weapons"[132], was adopted by 60 votes, with one against and two abstentions. Those voting in favour included Charles De Visscher, Lord McNair, Roberto Ago, Suzanne Bastid, Erik Castrén, Sir Gerald Fitzmaurice, Wilfred Jenks, Sir Robert Jennings, Charles Rousseau, Grigory Tunkin, Sir Humphrey Waldock, José Maria Ruda, Oscar Schachter and Kotaro Tanaka, to select a few from an illustrious list of the most eminent international lawyers of the time.

12. The 1925 Geneva Gas Protocol

Quite independently of the various general principles that have been invoked in the discussion thus far, there is a conventional basis on which it has been argued that nuclear weapons are illegal. It is for this reason that I have voted against paragraph 2 B of the *dispositif* which holds that there is not, in conventional international law, a comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such. I refer, in particular, to the Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases and of Bacteriological Methods of Warfare, 17 June 1925 (commonly referred to as the Geneva Gas Protocol). It is so comprehensive in its prohibition that, in my view, it clearly covers nuclear weapons, which thus become the subject of conventional prohibition. There is considerable scholarly opinion favouring

[132] *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, No. 53, Vol. II, p. 377, para. 7.

d'une arme qui peut faucher des vies par millions, ce serait détruire les bases sur lesquelles repose un système délicat qui représente l'une des réalisations juridiques les plus remarquables du XX^e siècle. Ce système, bâti sur l'une des valeurs les plus essentielles et les plus dignes de respect que connaisse le droit, ne peut pas survivre sous une forme théorique — ce qui serait le cas si le droit international devait reconnaître une telle licéité. Autant y renoncer purement et simplement.

*11. L'*opinio juris

On peut dire que l'*opinio juris* admet pour l'essentiel que les armes nucléaires portent atteinte aux principes existants du droit humanitaire. L'*opinio juris* est une source importante du droit international et il est impossible de citer dans le cadre de la présente opinion toutes les sources faisant autorité susceptibles d'être mentionnées. Je me bornerai à me référer à une résolution évoquée plus haut — la résolution adoptée par l'Institut de droit international en 1969 à sa session d'Edimbourg, à une époque où la doctrine s'intéressait beaucoup moins qu'aujourd'hui à la question des armes nucléaires et s'était en fait peu exprimée sur la question.

La conclusion de l'Institut (voir ci-dessus la section III, paragraphe 10, lettre *b)*) suivant laquelle le droit international *existant* interdit en particulier l'emploi d'armes dont l'effet destructeur «est trop important pour pouvoir être limité à des objectifs militaires déterminés ou dont l'effet est incontrôlable ... ainsi que des armes aveugles»[132] a été adoptée par 60 voix contre une, avec 2 abstentions. Charles De Visscher, lord McNair, Roberto Ago, Suzanne Bastid, Erik Castrén, sir Gerald Fitzmaurice, Wilfred Jenks, sir Robert Jennings, Charles Rousseau, Grigory Tunkin, sir Humphrey Waldock, José Maria Ruda, Oscar Schachter et Kotaro Tanaka, pour ne citer que quelques-uns des noms figurant dans une liste prestigieuse des plus éminents spécialistes du droit international de l'époque, ont voté pour cette conclusion.

12. Le protocole de Genève de 1925 sur les gaz

Abstraction faite des divers principes généraux qui ont été invoqués à ce point de la présente analyse, on peut s'appuyer sur une base conventionnelle pour soutenir que les armes nucléaires sont illicites — ce qui m'a amené à voter contre le paragraphe 2 B du dispositif où il est déclaré que le droit international conventionnel ne comporte pas d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles. Je pense en particulier au protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, en date du 17 juin 1925 (communément désigné sous le nom de protocole de Genève sur les gaz). La prohibition que contient cet instrument est formulée en termes si généraux qu'elle s'étend aux armes nucléaires, qui sont dès lors couvertes par une interdiction

[132] *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1969, n° 53, vol. II, p. 360, par. 7.

this view[133]. Moreover, if radiation is a poison, it is caught up also by the prohibition on poison weapons contained in Article 23 *(a)* of the Hague Regulations. The rule against poisonous weapons has indeed been described as "The most time-honoured special prohibition on the subject of weapons and instruments of war."[134] It is a rule recognized from the remotest historical periods and in a wide spread of cultures.

The Geneva Gas Protocol was drafted in very wide terms. It prohibits "the use in war of asphyxiating, *poisonous*, or other gases and of all analogous liquids, *materials* or *devices*" (emphasis added).

If this Protocol is to be applicable to nuclear weapons, it must be shown:

(1) that radiation is *poisonous*; and
(2) that it involves the contact of *materials* with the human body.

If both these questions are answered in the affirmative, the damage to the human body caused by radiation would be covered by the terms of the Protocol.

(i) *Is radiation poisonous?*

Poison is generally defined as a substance which, of its own force, damages health on contact with or absorption by the body[135]. The discussion of the effects of radiation in Section II.3 *(f)* above can leave one in no doubt that the effects of radiation are that it destroys life or damages the functions of the organs and tissues.

Schwarzenberger points out that if introduced into the body in suffi-

---

[133] See Burns H. Weston, *op. cit.*, p. 241; E. Castrén, *The Present Law of War and Neutrality*, 1954, p. 207; G. Schwarzenberger, *The Legality of Nuclear Weapons*, 1958, pp. 37-38; N. Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, 1959, pp. 162-166; Falk, Meyrowitz and Sanderson, "Nuclear Weapons and International Law", *Indian Journal of International Law*, 1980, Vol. 20, p. 563; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, 1954, p. 556; Spaight, *Air Power and War Rights*, 3rd ed., 1947, pp. 275-276; H. Lauterpacht (ed.), in *Oppenheim's International Law*, Vol. 2, 7th ed., 1952, p. 348.

[134] Singh and McWhinney, *op. cit.*, p. 120.

[135] The *McGraw-Hill Dictionary of Scientific and Technical Terms* defines poison as

> "A substance that in relatively small doses has an action that either destroys life or impairs seriously the functions of organs and tissues" (2nd ed., 1978, p. 1237).

The definition of poison in the *Oxford English Dictionary* is that poison is:

> "Any substance which, when introduced to or absorbed by a living organism, destroys life or injures health, irrespective of mechanical means or direct thermal changes. Particularly applied to a substance capable of destroying life by rapid action, and when taken in a small quantity. Fig. phr. to hate like poison.
>
> But the more scientific use is recognized in the phrase *slow poison*, indicating the accumulative effect of a deleterious drug or agent taken for a length of time." (Vol. XII, p. 2, 1989 ed.)

conventionnelle. De nombreux auteurs souscrivent à cette opinion[133]. Au surplus, si les rayonnements sont toxiques, ils tombent sous le coup de la règle interdisant les armes toxiques contenue à l'article 23 *a)* du règlement de La Haye, règle qui a été décrite comme énonçant «la prohibition spécifique la plus solidement établie qui existe dans le domaine des armes et instruments de guerre»[134] et qui est admise depuis des temps immémoriaux dans bon nombre de cultures.

Le protocole de Genève sur les gaz est rédigé en termes très généraux. Il interdit l'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, *toxiques* ou similaires «ainsi que de tous liquides, *matières* ou *procédés* analogues» (les italiques sont de moi).

Pour que ce protocole soit applicable aux armes nucléaires, il faut établir:

1) que les rayonnements sont *toxiques*; et
2) qu'ils mettent une *matière* en contact avec le corps humain.

Si on parvient à établir qu'il faut répondre par l'affirmative à ces deux questions, il en découlerait que les effets nocifs des rayonnements sur le corps humain sont visés par les termes du protocole.

i) *Les rayonnements sont-ils toxiques?*

Un produit toxique est généralement défini comme une substance capable, par elle-même, de nuire à la santé par contact avec le corps ou par absorption[135]. La description des effets des rayonnements figurant ci-dessus, à la section II, paragraphe 3, lettre *f)*, montre clairement que les rayonnements ont pour effet de détruire la vie ou de perturber gravement les fonctions des organes et des tissus.

Schwarzenberger souligne qu'à partir d'une certaine dose l'irradiation

---

[133] Voir Burns H. Weston, *op. cit.*, p. 241; E. Castrén, *The Present Law of War and Neutrality*, 1954, p. 207; G. Schwarzenberger, *The Legality of Nuclear Weapons*, 1958, p. 37-38; N. Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, 1959, p. 162-166; Falk, Meyrowitz et Sanderson, «Nuclear Weapons and International Law», *Indian Journal of International Law*, 1980, vol. 20, p. 563; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, 1954, p. 556; Spaight, *Air Power and War Rights*, 3e éd., 1947, p. 275-276; H. Lauterpacht (dir. publ.), dans *Oppenheim's International Law*, vol. 2, 7e éd., 1952, p. 348.

[134] Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 120.

[135] Le *McGraw-Hill Dictionary of Scientific and Technical Terms* contient la définition suivante du produit toxique:

> «Toute substance capable à doses relativement faibles de détruire la vie ou de perturber gravement les fonctions des organes et des tissus.» (2e éd., 1978, p. 1237.)

La définition de l'*Oxford English Dictionary* se lit comme suit:

> «Toute substance qui, introduite dans un organisme vivant ou absorbée par un tel organisme, détruit la vie ou altère la santé, indépendamment de moyens mécaniques ou de modifications thermiques directes. Le terme s'emploie notamment pour désigner une substance capable de détruire la vie rapidement et à faibles doses. ...
>
> Dans l'usage scientifique, toutefois, on parle aussi d'«intoxication lente» pour désigner l'effet cumulatif d'une drogue ou d'un agent nuisible absorbé pendant un certain temps.» (Vol. XII, p. 2, édition de 1989.)

ciently large doses, radiation produces symptoms indistinguishable from poisoning[136].

Once it is established that radioactive radiation is a poison, it is also covered by the prohibition on poison weapons contained in the Hague Regulations already referred to. It poisons, indeed in a more insidious way than poison gas, for its effects include the transmission of genetic disorders for generations.

The NATO countries have themselves accepted that poisoning is an effect of nuclear weapons, for Annex II to the Protocol on Arms Control of the Paris Agreements of 23 October 1954, on the accession of the Republic of Germany to the North Atlantic Treaty, defines a nuclear weapon as any weapon:

> "designed to contain or utilise, nuclear fuel or radioactive isotopes and which, by explosion or other uncontrolled nuclear transformation . . . is capable of mass destruction, mass injury or *mass poisoning*" (emphasis added).

(ii) *Does radiation involve contact of the body with "materials"?*

The definitions of poison speak of it in terms of its being a "substance". The Geneva Gas Protocol speaks of "materials" which are poisonous. It is necessary therefore to know whether radiation is a "substance" or a "material", or merely a ray such as a light ray which, when it impinges on any object, does not necessarily bring a substance or material in contact with that object. If it is the former, it would satisfy the requirements of the Geneva Gas Protocol.

The definition of "radioactive" in the *Shorter Oxford Dictionary* is as follows: "Capable (as radium) of emitting spontaneously rays consisting of *material particles* travelling at high velocities."[137]

Scientific discussions[138] draw a distinction between the spectrum of electromagnetic radiations that have zero mass when (theoretically) at rest, such as radio waves, microwaves, infrared rays, visible light, ultraviolet rays, x-rays, and gamma rays, and the type of radiation that includes such particles as electrons, protons and neutrons which have

---

[136] *The Legality of Nuclear Weapons*, 1958, p. 35. He remarks very severely that they "inflict death or serious damage to health in, as Gentili would have put it, a manner more befitting demons than civilised human beings". The reference is to Gentili's observation that, though war is struggle between men, the use of such means as poison makes it "a struggle of demons" (*De Jure Belli Libri Tres* (1612), Book II, Chap. VI, p. 161, trans. J. C. Rolfe).

[137] 3rd ed., 1987, Vol. II, p. 1738; emphasis added.

[138] See *Encyclopaedia Britannica Macropaedia*, Vol. 26, pp. 471 *et seq.* on "Radiation".

du corps s'accompagne de symptômes en tous points identiques à ceux que provoquent les produits toxiques[136].

Dès lors que les radiations radioactives sont toxiques, elles sont également couvertes par l'interdiction des armes toxiques contenue dans le règlement de La Haye dont il a déjà été question. Elles agissent en réalité de manière plus insidieuse que les gaz toxiques car elles provoquent des troubles génétiques qui durent pendant des générations.

Les pays membres de l'OTAN ont eux-mêmes reconnu les effets toxiques des armes nucléaires puisque, à l'occasion de l'adhésion de la République fédérale d'Allemagne au traité de l'Atlantique Nord, ils ont, dans l'annexe II au protocole sur le contrôle des armes relatif aux accords de Paris du 23 octobre 1954, défini une arme nucléaire comme étant toute arme:

> «conçue pour contenir ou utiliser un combustible nucléaire ou des isotopes radio-actifs et qui, par explosion ou autre transformation nucléaire non contrôlée ... est capable de destruction massive, dommages généralisés ou *empoisonnements massifs*» (les italiques sont de moi).

ii) *Les rayonnements mettent-ils des «matières» en contact avec le corps humain?*

Les définitions déjà citées emploient le terme «substance». Le protocole de Genève sur les gaz fait mention de «matières» ayant des propriétés toxiques. Il faut donc déterminer si une radiation est une «substance» ou une «matière» ou simplement un rayon comparable à un rayon de lumière qui, lorsqu'il touche un objet, ne met pas nécessairement une substance ou une «matière» en contact avec cet objet. Dans le premier cas, les conditions requises pour que le protocole de Genève soit applicable seraient remplies.

La définition que donne le *Shorter Oxford Dictionary* du terme «radioactif» *[«radioactives»]* est la suivante: «capable (comme le radium) d'émettre spontanément des rayons composés de *particules matérielles* se déplaçant à très grande vitesse»[137].

Les scientifiques[138] font une distinction entre le spectre des radiations électromagnétiques ayant une masse zéro à l'état stationnaire (théorique) (ondes radioélectriques, micro-ondes, rayons infrarouges, lumière visible, rayons ultraviolets, rayons X et rayons gamma) et les radiations qui font intervenir des particules ayant une masse (électrons, protons et neutrons)

---

[136] The *Legality of Nuclear Weapons*, 1958, p. 35. L'auteur fait très pertinemment observer que les rayonnements «tuent ou nuisent gravement à la santé dans des conditions, aurait dit Gentili, plus dignes de démons que d'êtres humains civilisés». Gentili a en effet écrit que bien que la guerre soit une lutte entre êtres humains, l'emploi de moyens tels que le poison en fait une lutte de démons (*De Jure Belli Libri Tres* (1612), livre II, chap. VI, p. 161, trad. J. C. Rolfe [dont la traduction anglaise a servi de base à la version française ci-dessus]).

[137] 3e éd., 1987, vol. II, p. 1738 (les italiques sont de moi).

[138] Voir *Encyclopaedia Britannica Macropaedia*, vol. 26, p. 471 et suiv., au mot «Radiation».

mass. When such forms of particulate matter travel at high velocities, they are regarded as radiation.

The ionizing radiation caused by nuclear weapons is of the latter kind. It consists *inter alia* of a stream of particles[139] coming into contact with the human body and causing damage to tissues. In other words, it is a material substance that causes damage to the body and cannot fall outside the prohibition of poisonous weapons laid down by the Geneva Gas Protocol.

The question whether radiation is a "material" seems thus beyond doubt. In the words of Schwarzenberger:

> "the words 'all analogous liquids, materials or devices' are so comprehensively phrased as to include any weapons of an analogous character, irrespective of whether they were known or in use at the time of the signature of the Protocol. If the radiation and fall-out effects of nuclear weapons can be likened to poison, all the more can they be likened to poison gas . . ."[140]

There has been some discussion in the literature of the question whether the material transmitted should be in gaseous form as the provision in question deals with materials "analogous" to gases. It is to be noted in the first place that the wording of the provision itself takes the poisons out of the category of *gases* because it speaks also of analogous *liquids*, *materials*, and even devices. However, even in terms of *gases*, it is clear that the distinction between solids, liquids and gases has never been strictly applied in military terminology to the words "gas". As Singh and McWhinney point out, in strict scientific language, mustard gas is really a liquid and chlorine is really a gas, but in military terminology both are categorized as gas[141].

The case that nuclear weapons are covered by the Geneva Gas Protocol seems therefore to be irrefutable. Further, if indeed radioactive radiation constitutes a poison, the prohibition against it would be declaratory of a universal customary law prohibition which would apply in any event whether a State is party or not to the Geneva Protocol of 1925[142].

Yet another indication, available in terms of the Geneva Gas Protocol, is that the word "devices" would presumably cover a nuclear bomb, irrespective of the question whether radiation falls within the description of "analogous materials".

---

[139] The definitions of radiation in the *McGraw-Hill Dictionary of Physics and Mathematics* (1978, p. 800) is "a stream of particles, . . . or high energy photons, or a mixture of these".

[140] *Op. cit.*, p. 38.

[141] *Op. cit.*, p. 126.

[142] See, to this effect, Schwarzenberger, *op. cit.*, pp. 37-38, in relation to chemical and bacteriological weapons.

et qui naissent du déplacement à très grande vitesse des particules en question.

Les rayonnements ionisants émis par les armes nucléaires appartiennent au deuxième type. Ils consistent notamment en une émission d'un flux de particules[139] qui entrent en contact avec le corps humain et altèrent les tissus. En d'autres termes, c'est une substance matérielle qui a des effets dommageables sur le corps et une telle substance entre nécessairement dans le champ de l'interdiction des armes toxiques édictée par le protocole de Genève sur les gaz.

Il est donc indiscutable que les rayonnements sont une matière. Comme le dit Schwarzenberger:

> «La formule «tous liquides, matières ou procédés analogues» est conçue en termes si larges qu'elle englobe toutes les armes «analogues» qu'elles fassent ou non partie de l'arsenal des armes connues ou utilisées à l'époque de la signature du protocole. Si les rayonnements et les retombées provoqués par les armes nucléaires peuvent être considérés comme des substances toxiques, ils peuvent être assimilés à un gaz toxique...»[140]

Les spécialistes se sont demandé si la matière émise devait être une matière gazeuse, étant donné que la disposition considérée vise les «matières» analogues aux gaz. On notera à cet égard que le libellé n'exige pas que la toxicité provienne d'un *gaz* puisqu'il englobe les *liquides, matières* et jusqu'aux procédés analogues. Mais même si l'on s'en tient aux *gaz*, la terminologie militaire n'a, de toute évidence, jamais fait, pour ce qui est des «gaz», de distinction stricte entre l'état solide, l'état liquide et l'état gazeux. Comme le soulignent Singh et McWhinney, l'ypérite (gaz moutarde) est, en fait, d'un point de vue strictement scientifique, un liquide, alors que le chlore est un gaz, mais dans la terminologie militaire l'un et l'autre entrent dans la catégorie des gaz[141].

Il nous paraît donc irréfutable que les armes nucléaires sont visées par le protocole de Genève sur les gaz . Qui plus est, si les radiations radioactives sont effectivement toxiques, leur prohibition relèverait d'une interdiction du droit coutumier universel et s'appliquerait à tout Etat, qu'il soit ou non partie au protocole de Genève de 1925[142].

Un élément supplémentaire qui milite en faveur de l'applicabilité du protocole de Genève sur les gaz est que le mot «procédés» vise probablement les bombes nucléaires, ce qui rend sans pertinence la question de savoir si les radiations entrent dans la catégorie des «matières analogues».

---

[139] Le *McGraw-Hill Dictionary of Physics and Mathematics* (1978, p. 800) définit le rayonnement comme «une émission de particules ... ou de photons à haute énergie ou d'une combinaison des deux».

[140] *Op. cit.*, p. 38.

[141] *Op. cit.*, p. 126.

[142] Voir, en ce sens, Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 37-38, à propos des armes chimiques et bactériologiques.

Nuclear weapons, being unknown at the time of the documents under consideration, could not be more specifically described, but are covered by the description and intent of the Protocol and the Hague Regulations.

It has been submitted by the United States that:

> "This prohibition was not intended to apply, and has not been applied, to weapons that are designed to kill or injure by other means, even though they may create asphyxiating or poisonous byproducts." (Written Statement, p. 25.)

If, in fact, radiation is a major by-product of a nuclear weapon — as indeed it is — it is not clear on what jurisprudential principle an exemption can thus be claimed from the natural and foreseeable effects of the use of the weapon. Such "by-products" are sometimes described as collateral damage but, collateral or otherwise, they are a major consequence of the bomb and cannot in law be taken to be unintended, well known as they are.

Besides, such an argument involves the legally unacceptable contention that if an act involves both legal and illegal consequences, the former justify or excuse the latter.

13. Article 23 (a) *of the Hague Regulations*

The foregoing discussion demonstrates that radiation is a poison. Using the same line of reasoning, it follows that there is also a clear contravention of Article 23 *(a)* of the Hague Regulations which frames its prohibition in unequivocal terms[143]. No extended discussion is called for in this context, and it is well accepted that the categorical prohibition against poisoning therein contained is one of the oldest and most widely recognized laws of war. Since "the universally accepted practice of civilised nations has regarded poison as banned", the prohibition contained in Article 23 *(a)* has been considered as binding even on States not parties to this conventional provision.

> "Thus, apart from purely conventional law, the customary position based on the general principles of law would also bar the use in warfare of poisonous substances as not only barbarous, inhuman and uncivilised, but also treacherous."[144]

[143] See Singh and McWhinney, *op. cit.*, pp. 127 and 121.
[144] *Ibid.*, p. 121.

Les armes nucléaires, puisqu'elles étaient inconnues à l'époque où les documents à l'examen ont été élaborés, ne pouvaient pas être nommément désignées mais elles sont couvertes par la lettre et par l'esprit du protocole et du règlement de La Haye.

Les Etats-Unis d'Amérique ont fait valoir que:

> «Cette interdiction n'était pas censée s'appliquer et n'a pas été appliquée aux armes conçues pour tuer ou blesser par d'autres moyens, quand bien même elles généreraient des sous-produits asphyxiants ou toxiques.» (Exposé écrit, p. 25.)

Si les radiations sont en fait l'un des principaux sous-produits générés par une arme nucléaire — et c'est effectivement ce qu'elles sont — il est difficile de voir sur la base de quel principe doctrinal on peut prétendre qu'elles ne font pas partie des conséquences naturelles et prévisibles de l'utilisation de l'arme. Ces «sous-produits» sont parfois désignés sous le nom de dommages collatéraux, mais de quelque manière qu'on les désigne ils constituent l'une des principales conséquences de la bombe et sont trop bien connus pour pouvoir être considérés en droit comme non intentionnels.

Au surplus, la thèse considérée repose sur l'argument juridiquement inacceptable selon lequel un acte comporte des conséquences licites et des conséquences illicites, les premières justifiant ou excusant les secondes.

13. L'article 23 a) *du règlement de La Haye*

L'analyse qui précède démontre que les rayonnements sont toxiques. Poursuivant le raisonnement, on est amené à la conclusion que l'emploi des armes nucléaires aboutit également à une violation manifeste de l'article 23 *a)* du règlement de La Haye qui formule sans ambiguïté une interdiction[143]. Ce point n'appelle pas de longs développements car il est bien établi que l'interdiction catégorique des substances toxiques qui y est contenue est une des lois de la guerre les plus anciennes et les plus largement reconnues. Puisque «la pratique universellement acceptée des nations civilisées est de considérer les substances toxiques comme interdites», la prohibition contenue à l'article 23 *a)* du règlement de La Haye a été considérée comme ayant force obligatoire même pour les Etats qui ne sont pas parties à cet instrument conventionnel:

> «Ainsi donc, abstraction faite du droit purement conventionnel, la coutume telle qu'elle se reflète dans les principes généraux du droit interdirait également l'emploi à la guerre de substances toxiques, parce qu'il est barbare, inhumain et indigne d'une nation civilisée et, par surcroît, empreint de perfidie.»[144]

[143] Voir Singh et McWhinney, *op. cit.*, p. 127 et 121.
[144] *Ibid.*, *op. cit.*, p. 121.

IV. Self-Defence

Self-defence raises probably the most serious problems in this case. The second sentence in paragraph 2 E of the *dispositif* states that, in the current state of international law and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake. I have voted against this clause as I am of the view that the threat or use of nuclear weapons would not be lawful in any circumstances whatsoever, as it offends the fundamental principles of the *jus in bello*. This conclusion is clear and follows inexorably from well-established principles of international law.

If a nation is attacked, it is clearly entitled under the United Nations Charter to the right of self-defence. Once a nation thus enters into the domain of the *jus in bello*, the principles of humanitarian law apply to the conduct of self-defence, just as they apply to the conduct of any other aspect of military operations. We must hence examine what principles of the *jus in bello* apply to the use of nuclear weapons in self-defence.

The first point to be noted is that the use of *force* in self-defence (which is an undoubted right) is one thing and the use of *nuclear weapons* in self-defence is another. The permission granted by international law for the first does not embrace the second, which is subject to other governing principles as well.

All of the seven principles of humanitarian law discussed in this opinion apply to the use of nuclear weapons in self-defence, just as they apply to their use in any aspect of war. Principles relating to unnecessary suffering, proportionality, discrimination, non-belligerent States, genocide, environmental damage and human rights would all be violated, no less in self-defence than in an open act of aggression. The *jus in bello* covers all use of force, whatever the reasons for resort to force. There can be no exceptions, without violating the essence of its principles.

The State subjected to the first attack could be expected to respond in kind. After the devastation caused by a first attack, especially if it be a nuclear attack, there will be a tendency to respond with any nuclear firepower that is available.

Robert McNamara, in dealing with the response to initial strikes, states:

> "But under such circumstances, leaders on both sides would be under unimaginable pressure to avenge their losses and secure the interests being challenged. And each would fear that the opponent might launch a larger attack at any moment. Moreover, they would both be operating with only partial information because of the dis-

IV. La légitime défense

C'est probablement la légitime défense qui soulève les problèmes les plus délicats dans la présente affaire. La deuxième phrase du paragraphe 2 E du dispositif indique qu'au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause. J'ai voté contre cette phrase parce que je ne considère comme licites en aucune circonstance la menace d'emploi ou l'emploi d'armes nucléaires qui sont l'un et l'autre contraires aux principes fondamentaux du *jus in bello*. Cette conclusion est claire et découle inéluctablement de principes bien établis du droit international.

Si une nation est attaquée, elle a sans aucun doute le droit, reconnu par la Charte des Nations Unies, de se défendre. Elle entre alors dans le domaine du *jus in bello*, régi par les principes du droit humanitaire qui s'appliquent dans le cadre de la légitime défense comme dans le cadre de n'importe quelle opération militaire. Il nous faut donc déterminer quels principes du *jus in bello* régissent l'emploi des armes nucléaires en état de légitime défense.

Le premier point à relever est qu'il y a une différence entre employer la *force* en état de légitime défense (ce qui est un droit incontestable) et employer des *armes nucléaires* en état de légitime défense. L'autorisation donnée par le droit international pour le premier cas ne vaut pas pour le second, qui est, au demeurant, régi par d'autres principes.

Les sept principes du droit humanitaire examinés dans la présente opinion s'appliquent à l'emploi des armes nucléaires aussi bien en état de légitime défense que dans le cadre de n'importe quelle autre opération de guerre. Les principes touchant les maux superflus, la proportionnalité, la distinction, les Etats non belligérants, le génocide, les dommages à l'environnement et les droits de l'homme seraient tous violés, que l'hypothèse soit celle de la légitime défense ou celle d'une agression pure et simple. Le *jus in bello* couvre tous les emplois de la force quels qu'en soient les motifs. Toute exception serait contraire à l'essence même de ses principes.

L'Etat initialement attaqué userait vraisemblablement, en riposte, des mêmes moyens. En présence des dévastations causées par la première attaque, surtout s'il s'agit d'une attaque nucléaire, la tentation sera grande de recourir à n'importe quel engin nucléaire disponible.

Robert McNamara écrit ce qui suit à propos de la réaction à une première frappe:

> «Mais en pareilles circonstances, les dirigeants de part et d'autre seraient irrésistiblement poussés à venger leur pays pour les pertes subies et à assurer la préservation des intérêts en cause. Et chacun craindrait que l'adversaire ne se prépare à lancer une attaque de plus grande envergure à tout moment. Ils seraient de surcroît mal infor-

> ruption to communications caused by the chaos on the battlefield (to say nothing of possible strikes against communication facilities). Under such conditions, it is highly likely that rather than surrender, each side would launch a larger attack, hoping that this step would bring the action to a halt by causing the opponent to capitulate."[145]

With such a response, the clock would accelerate towards global catastrophe, for a counter-response would be invited and, indeed, could be automatically triggered off.

It is necessary to reiterate here the undoubted right of the State that is attacked to use all the weaponry available to it for the purpose of repulsing the aggressor. Yet this principle holds only *so long as such weapons do not violate the fundamental rules of warfare embodied in those rules.* Within these constraints, and for the purpose of repulsing the enemy, the full military power of the State that is attacked can be unleashed upon the aggressor. While this is incontrovertible, one has yet to hear an argument in any forum, or a contention in any academic literature, that a nation attacked, for example, with chemical or biological weapons is entitled to use chemical or biological weapons in self-defence, or to annihilate the aggressor's population. It is strange that the most devastating of all the weapons of mass destruction can be conceived of as offering a singular exception to this most obvious conclusion following from the bedrock principles of humanitarian law.

That said, a short examination follows of the various principles of humanitarian law which could be violated by self-defence.

1. Unnecessary Suffering

The harrowing suffering caused by nuclear weapons, as outlined earlier in this opinion, is not confined to the aggressive use of such weapons. The lingering sufferings caused by radiation do not lose their intensity merely because the weapon is used in self-defence.

2. Proportionality/Error

The principle of proportionality may on first impressions appear to be satisfied by a nuclear response to a nuclear attack. Yet, viewed more carefully, this principle is violated in many ways. As France observed:

> "The assessment of the necessity and proportionality of a response to attack depends on the nature of the attack, its scope, the danger it poses and the adjustment of the measures of response to the desired defensive purpose." (CR 95/23, pp. 82-83.)

[145] McNamara, *op. cit.*, pp. 71-72.

més, du fait des perturbations causées dans les réseaux de communication par la conflagration (ou même par des frappes directes). Dès lors, il est infiniment probable que, plutôt que de se rendre, chacun des adversaires intensifierait sa riposte, dans l'espoir d'arrêter le combat en amenant l'autre à capituler.»[145]

Une telle réaction précipiterait la catastrophe globale car une contre-réaction serait à prévoir et pourrait même être automatiquement déclenchée.

Il faut redire ici qu'un Etat qui est attaqué a indubitablement le droit d'employer toutes les armes dont il dispose pour repousser un agresseur. Mais ce principe s'entend *sous réserve que les armes en question soient conformes aux règles fondamentales de la guerre*. C'est seulement dans ces limites et dans le but exclusif de repousser l'ennemi que l'Etat attaqué peut mettre en œuvre tout son potentiel militaire contre l'agresseur. Il y a là un point incontestable et nul n'a jamais soutenu, à quelque tribune ou dans quelque ouvrage de doctrine que ce soit, qu'une nation contre laquelle seraient utilisées, par exemple, des armes chimiques ou biologiques serait en droit d'utiliser le même type d'armes dans l'exercice du droit de légitime défense ou d'anéantir la population de l'agresseur. Il est surprenant que d'aucuns voient dans la plus dévastatrice des armes de destruction massive la seule exception à apporter à une conclusion dictée par les principes les plus élémentaires du droit humanitaire.

Cela dit, je vais passer maintenant brièvement en revue les divers principes du droit humanitaire qui pourraient être violés par un pays en état de légitime défense.

1. Maux superflus

Les atroces souffrances causées par les armes nucléaires, qui ont été décrites plus haut dans la présente opinion, ne résultent pas seulement de l'emploi de ces armes à des fins agressives. Les séquelles des rayonnements sont tout aussi douloureuses, que l'arme ait été utilisée en état de légitime défense ou non.

2. Proportionnalité/erreur

Le principe de proportionnalité peut à première vue paraître respecté en cas de riposte nucléaire à une attaque nucléaire. Mais à y regarder de plus près, il est, en pareil cas, violé à maints égards. Comme l'a souligné la France:

> «L'évaluation de la nécessité et de la proportionnalité des mesures de riposte à l'agression dépend de la nature de l'agression, de son ampleur, du risque qu'elle fait courir et de l'adaptation de ces mesures au but défensif recherché.» (CR 95/23, p. 82-83.)

[145] McNamara, *op. cit.*, p. 71-72.

For these very reasons, precise assessment of the nature of the appropriate and proportionate response by a nation stricken by a nuclear attack becomes impossible[146]. If one speaks in terms of a nuclear response to a nuclear attack, that nuclear response will tend, as already noted, to be an all-out nuclear response which opens up all the scenarios of global armageddon which are so vividly depicted in the literature relating to an all-out nuclear exchange.

Moreover, one is here speaking in terms of measurement — measurement of the intensity of the attack and the proportionality of the response. But one can measure only the measurable. With nuclear war, the quality of measurability ceases. Total devastation admits of no scales of measurement. We are in territory where the principle of proportionality becomes devoid of meaning.

It is relevant also, in the context of nuclear weapons, not to lose sight of the possibility of human error. However carefully planned, a nuclear response to a nuclear attack cannot, in the confusion of the moment, be finely graded so as to assess the strength of the weapons of attack, and to respond in like measure. Even in the comparatively tranquil and leisured atmosphere of peace, error is possible, even to the extent of unleashing an unintentional nuclear attack. This has emerged from studies of unintentional nuclear war[147]. The response, under the stress of nuclear attack, would be far more prone to accident.

According to the *Bulletin of the Atomic Scientists*:

> "Top decision-makers as well as their subordinate information suppliers rely on computers and other equipment which have become even more complex and therefore more vulnerable to malfunction. Machine failures or human failures or a combination of the two could, had they not been discovered within minutes, have caused unintended nuclear war in a number of reported cases."[148]

The result would be all-out nuclear war.

Here again there is confirmation from statesmen, who have had much experience in matters of foreign and military policy, that all-out nuclear war is likely to ensue. Robert McNamara observes:

> "It is inconceivable to me, as it has been to others who have studied the matter, that 'limited' nuclear wars would remain limited — any decision to use nuclear weapons would imply a high proba-

[146] On this, see further Section II.3 *(n)* above and Section VII.6 below.

[147] For example, *Risks of Unintentional Nuclear War*, United Nations Institute of Disarmament Research (UNIDIR), 1982.

[148] June 1982, Vol. 38, p. 68.

C'est justement pour cela qu'il est impossible de déterminer avec précision en quoi consiste une riposte appropriée et proportionnée de la part d'une nation victime d'une frappe nucléaire[146]. S'agissant de la riposte nucléaire à une attaque nucléaire, on peut craindre, comme je l'ai déjà souligné, qu'une riposte nucléaire totale n'ouvre la voie à tous les scénarios apocalyptiques décrits avec tant de force d'évocation dans les ouvrages consacrés à la question.

De surcroît, un facteur d'appréciation entre en jeu: il faut déterminer l'intensité de l'attaque et la proportionnalité de la riposte. Mais on ne peut mesurer que ce qui est mesurable. Dans le cas de la guerre nucléaire, rien n'est plus mesurable. Il n'y a pas d'échelle pour mesurer la dévastation totale. Nous entrons dans un domaine où le principe de proportionnalité n'a plus de sens.

On ne doit pas non plus méconnaître, dans le cas des armes nucléaires, le risque d'une erreur humaine. Une riposte nucléaire à une attaque nucléaire, si bien planifiée soit-elle, ne peut pas, dans la confusion du moment, être subtilement dosée en fonction de la puissance des armes de l'attaquant. Même dans le climat comparativement plus détendu et plus serein du temps de paix, l'erreur est possible et peut aller jusqu'à déclencher une attaque nucléaire involontaire. C'est ce qui ressort des études sur la guerre nucléaire involontaire[147]. Le risque d'accident serait infiniment plus grand dans le contexte stressant d'une riposte à une attaque nucléaire.

Selon le *Bulletin of the Atomic Scientists*:

> «Les plus hauts échelons du pouvoir et leurs sources de renseignements font appel à des ordinateurs et à d'autres types de matériel qui sont de plus en plus complexes et, par conséquent, de plus en plus susceptibles d'erreurs. Un certain nombre de cas ont été signalés où le dysfonctionnement de la machine ou de défaillances de l'esprit humain ou des deux auraient pu, s'ils n'avaient été immédiatement détectés, aboutir à une guerre nucléaire involontaire.»[148]

Le résultat serait une guerre nucléaire totale.

Là encore, on peut invoquer le témoignage d'hommes d'Etat ayant une solide expérience en matière de politique étrangère et de politique militaire, qui confirment qu'une guerre nucléaire totale est le résultat auquel on peut s'attendre. Robert McNamara fait observer:

> «Comme d'autres qui ont étudié la question, j'ai peine à concevoir que les guerres nucléaires «limitées» puissent rester limitées — il est très probable qu'une décision d'utiliser des armes nucléaires aurait

[146] Sur ce point, voir ci-dessus la section II, paragraphe 3, lettre *n)*, et la section VII, paragraphe 6.

[147] Par exemple, *Risks of Unintentional Nuclear War*, Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR), 1982.

[148] Juin 1982, vol. 38, p. 68.

bility of the same cataclysmic consequences as a total nuclear exchange."[149]

Former Secretary of State, Dr. Kissinger, has also written to the same effect:

> "Limited war is not simply a matter of appropriate military forces and doctrines. It also places heavy demands on the discipline and subtlety of the political leadership and on the confidence of the society in it. For limited war is psychologically a much more complex problem than all-out war. . . . An all-out war will in all likelihood be decided so rapidly — if it is possible to speak of decision in such a war — and the suffering it entails will be so vast as to obscure disputes over the nuances of policy."[150]

He proceeds to observe:

> "Limited nuclear war is not only impossible, according to this line of reasoning, but also undesirable. For one thing, it would cause devastation in the combat zone approaching that of thermonuclear war in severity. We would, therefore, be destroying the very people we were seeking to protect."[151]

It is thus no fanciful speculation that the use of nuclear weapons in self-defence would result in a cataclysmic nuclear exchange. That is a risk which humanitarian law would consider to be totally unacceptable. It is a risk which no legal system can sanction.

3. Discrimination

As already observed earlier in this opinion, nuclear weapons violate the principle of discrimination between armed forces and civilians. True, other weapons also do, but the intensity of heat and blast, not to speak of radiation, are factors which place the nuclear weapon in a class apart from the others. When one speaks of weapons that count their victims by hundreds of thousands, if not millions, principles of discrimination cease to have any legal relevance.

4. Non-belligerent States

One of the principal objections to the use of nuclear weapons in self-defence occurs under this head.

Self-defence is a matter of purely internal jurisdiction only if such

[149] *Op. cit.*, p. 72.
[150] Henry Kissinger, *Nuclear Weapons and Foreign Policy*, 1957, p. 167.
[151] *Ibid.*, p. 175.

les mêmes conséquences catastrophiques qu'un échange nucléaire total.»[149]

L'ancien secrétaire d'Etat Henry Kissinger adopte la même position:

> «La guerre limitée ne suppose pas seulement des forces militaires et des doctrines appropriées. Elle exige en outre, de la part des dirigeants politiques, beaucoup de discipline et de subtilité et, de la part de la société, une grande confiance dans ses dirigeants. Car la guerre limitée est sur le plan psychologique beaucoup plus complexe à mener que la guerre totale ... Une guerre totale serait probablement le résultat d'une décision si précipitée — à supposer qu'on puisse parler de décision dans ce contexte — et s'accompagnerait de souffrances d'une telle ampleur qu'il n'y aura pas place pour des discussions sur les nuances de la politique.»[150]

Plus loin, il écrit:

> «La guerre nucléaire limitée n'est pas seulement, dans cette logique, impossible, elle est aussi inappropriée. Et d'abord, elle causerait, dans la zone des combats, des dévastations comparables par leur importance à celles qu'engendrerait une guerre thermonucléaire. Nous détruirions donc les populations mêmes que nous cherchions à protéger.»[151]

Ce n'est donc pas de l'extravagance que d'anticiper, en cas d'emploi d'armes nucléaires en état de légitime défense, un échange nucléaire total. Il y a là un risque totalement inacceptable au regard du droit humanitaire, un risque dont aucun ordre juridique ne saurait s'accommoder.

3. Distinction

Comme on l'a déjà souligné dans la présente opinion, les armes nucléaires portent atteinte au principe de distinction entre forces armées et populations civiles. Sans doute la même remarque vaut-elle pour d'autres armes mais l'arme nucléaire a, outre son effet radioactif, des effets de chaleur et de souffle tels qu'elle se place dans une catégorie à part. En présence d'armes qui font des centaines de milliers, voire des millions de victimes, le principe de distinction perd toute pertinence juridique.

4. Etats non belligérants

C'est dans ce cas qu'apparaît l'une des principales objections à l'emploi des armes nucléaires en état de légitime défense.

La légitime défense ne peut être considérée comme relevant exclusive-

[149] *Op. cit.*, p. 72.
[150] Henry Kissinger, *Nuclear Weapons and Foreign Policy*, 1957, p. 167.
[151] *Ibid.*, p. 175.

defence can be undertaken without clearly causing damage to the rights of non-belligerent States. The moment a strategy of self-defence implies damage to a non-belligerent third party, such a matter ceases to be one of purely internal jurisdiction. It may be that the act of self-defence inadvertently and unintentionally causes damage to a third State. Such a situation is understandable and sometimes does occur, but that is not the case here.

5. Genocide

The topic of genocide has already been covered[152]. Self-defence, which will, as shown in the discussion on proportionality, result in all probability in all-out nuclear war, is even more likely to cause genocide than the act of launching an initial strike. If the killing of human beings, in numbers ranging from a million to a billion, does not fall within the definition of genocide, one may well ask what will.

No nation can be seen as entitled to risk the destruction of civilization for its own national benefit.

6. Environmental Damage

Similar considerations exist here, as in regard to genocide. The widespread contamination of the environment may even lead to a nuclear winter and to the destruction of the ecosystem. These results will ensue equally, whether the nuclear weapons causing them are used in aggression or in self-defence.

International law relating to the environment, in so far as it concerns nuclear weapons, is dealt with at greater length in my dissenting opinion on the World Health Organization request (*I.C.J. Reports 1996*, pp. 139-143), and the discussion in that opinion should be considered as supplementary to the above discussion.

7. Human Rights

All the items of danger to human rights as recounted earlier in this opinion would be equally operative whether the weapons are used in aggression or in self-defence.

* * *

The humanitarian principles discussed above have long passed the stage of being merely philosophical aspirations. They are the living law and represent the highwatermark of legal achievement in the difficult task

[152] See Section III.10 *(e)* above.

ment de la compétence des Etats intéressés que pour autant qu'elle ne cause pas certainement des dommages aux Etats non belligérants. Si une stratégie de légitime défense a un tel effet sur les Etats neutres non belligérants, la question sort du cadre de la compétence interne. Il est concevable qu'un acte de légitime défense cause des dommages accidentels et involontaires à un Etat tiers. Une telle situation peut être envisagée et peut même effectivement se produire, mais cette question ne se pose pas ici.

5. Génocide

Le problème du génocide a déjà été analysé[152]. La légitime défense qui, comme on l'a vu à propos de la proportionnalité, aboutira selon toute probabilité à une guerre nucléaire totale risque, plus encore que la frappe initiale, de conduire au génocide. Si le fait de tuer entre un million et un milliard d'individus n'entre pas dans le champ de la définition du génocide, on se demande quel autre acte y entrera.

Aucune nation ne peut se voir reconnaître le droit de détruire la civilisation pour défendre ses intérêts nationaux.

6. Dommages à l'environnement

On peut formuler à ce sujet des considérations analogues à celles qui ont été exposées à propos du génocide. La pollution de l'environnement dans un vaste rayon peut conduire à l'hiver nucléaire et à la destruction de l'écosystème. Ces effets se produiront que les armes nucléaires qui les provoquent soient utilisées dans le cadre d'une agression ou en état de légitime défense.

Le droit international de l'environnement, en ce qui concerne les armes nucléaires, est analysé plus en détail dans mon opinion dissidente relative à la demande d'avis consultatif de l'Organisation mondiale de la Santé (*C.I.J. Receuil 1996*, p. 139-143) et ce qui est dit dans cette opinion doit être considéré comme un complément aux développements qui précèdent.

7. Droits de l'homme

Toutes les atteintes aux droits de l'homme mentionnées plus haut dans la présente opinion résulteraient aussi bien de l'emploi de la bombe en état de légitime défense que dans le contexte d'une agression.

* * *

Les principes humanitaires que l'on vient d'examiner ont depuis longtemps dépassé le stade de la simple aspiration philosophique. Intégrés au droit vivant, ils représentent le couronnement juridique d'une lutte per-

[152] Voir ci-dessus la section III, paragraphe 10, lettre *e)*.

of imposing some restraints on the brutalities of unbridled war. They provide the ground-rules for military action today and have been forged by the community of nations under the impact of the sufferings of untold millions in two global cataclysms and many smaller wars. As with all legal principles, they govern without distinction all nations great and small.

It seems difficult, with any due regard to the consistency that must underlie any credible legal system, to contemplate that all these hard-won principles should bend aside in their course and pass the nuclear weapon by, leaving that unparalleled agency of destruction free to achieve on a magnified scale the very evils which these principles were designed to prevent.

* * *

Three other aspects of the argument before the Court call for brief mention in the context of self-defence.

The United Kingdom relied (Written Statement, para. 3.40) on a view expressed by Judge Ago in his addendum to the Eighth Report on State Responsibility, to the effect that:

> "The action needed to halt and repulse the attack may well have to assume dimensions disproportionate to those of the attack suffered. What matters in this respect is the result to be achieved by the 'defensive' action, and not the forms, substance and strength of the action itself."[153]

Ago is here stressing that the defensive action must always be related to its purpose, that of halting and repelling the attack. As he observes, in the same paragraph:

> "The requirement of the *proportionality* of the action taken in self-defence . . . concerns the relationship between that action and its purpose, namely . . . that of halting and repelling the attack."

That purpose is to halt and repulse the attack, not to exterminate the aggressor, or to commit genocide of its population. His reference to forms, substance and strength is expressly set out by him, within the context of this purpose, and cannot be read as setting at nought all the other requirements of humanitarian law such as those relating to damage to neutral States, unnecessary suffering, or the principle of discrimination. The statement of so eminent a jurist cannot be read in the sense of neutralizing the classic and irreducible requirements of the *jus in bello* — requirements which, moreover, had received massive endorsement from

[153] *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part I, p. 69, para. 121.

sévérante pour contenir dans certaines limites la brutalité de la guerre à outrance. Ils énoncent les règles de base du comportement militaire de l'époque actuelle et ont été forgés par la communauté des nations en réponse aux souffrances infligées à des dizaines de millions d'êtres humains au cours de deux cataclysmes planétaires et de nombreuses guerres de moindre ampleur. Comme tous les principes juridiques, ils s'appliquent à l'ensemble des nations, grandes et petites.

Il semble difficile, compte tenu de l'impératif de cohérence auquel doit satisfaire tout système juridique pour être crédible, d'envisager que l'arme nucléaire puisse être écartée du champ de cet ensemble de principes chèrement acquis et qu'on puisse ainsi laisser librement un agent de destruction sans équivalent causer à une échelle bien plus grande les maux que les principes en question avaient mission de prévenir.

* * *

Trois autres aspects de l'argumentation présentée à la Cour à propos de la légitime défense seront maintenant brièvement évoqués.

Le Royaume-Uni (exposé écrit, par. 3.40) a tiré argument d'une opinion exprimée par M. Ago dans l'additif à son huitième rapport sur la responsabilité des Etats, suivant laquelle:

> «Il se peut très bien que l'action requise pour stopper et rejeter l'agression doive prendre des proportions qui ne correspondent pas à celles de l'agression subie. Ce qui compte à ce sujet est le résultat à atteindre par l'action «défensive», non pas les formes, la substance et l'intensité de l'action elle-même.»[153]

M. Ago souligne ici que l'action défensive doit être en rapport avec son objet qui est d'arrêter et de repousser l'agression. Comme il l'écrit dans le même paragraphe:

> «L'exigence dite de la *proportionnalité* de l'action commise en état de légitime défense a trait ... au rapport entre cette action et le but qu'elle se propose d'atteindre, à savoir ... d'arrêter et repousser l'agression.»

Le but est d'arrêter et de repousser l'agression, non d'exterminer l'agresseur ou de faire subir un génocide à sa population. La référence aux formes, à la substance et à l'intensité de l'action est expressément liée par l'auteur au résultat à atteindre et ne peut être interprétée comme faisant table rase de toutes les autres prescriptions humanitaires, par exemple, celles qui ont trait aux dommages aux Etats neutres, aux maux superflus ou au principe de distinction. Un juriste aussi éminent ne saurait se voir attribuer l'intention de récuser les exigences classiques et irréductibles du *jus in bello* — exigences au demeurant approuvées à la quasi-unani-

[153] *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, première partie, p. 67, par. 121.

the Institute of International Law over which he was later to preside with such distinction. The Edinburgh Session of 1969 adopted by a majority of 60 to 1, with 2 abstentions, the resolution[154] prohibiting weapons affecting indiscriminately both military and non-military objects, both armed forces and civilian populations, and weapons designed to terrorize the civilian population. Ago himself was a member of that majority.

The second submission calling for attention is the suggestion that Security Council resolution 984 (1995) (United Kingdom Written Statement, para. 3.42 and Annex D) in some way endorses the view that the use of nuclear weapons, in response to an armed attack, should not be regarded as necessarily unlawful.

A careful perusal of the resolution shows that it reassures the non-nuclear-weapon States that the Security Council and the nuclear-weapon States will act immediately in the event that such States are victims of nuclear aggression. It *avoids any mention whatsoever* of the measures to be adopted to protect the victim. Had such been the intention, and had such use of nuclear weapons been legal, this was the occasion *par excellence* for the Security Council to have said so.

For the sake of completeness, it should here be pointed out that, even if the Security Council had expressly endorsed the use of such weapons, it is this Court which is the ultimate authority on questions of legality, and that such an observation, even if made, would not prevent the Court from making its independent pronouncement on this matter.

The third factor calling for mention is that much of the argument of those opposing illegality seems to blur the distinction between the *jus ad bellum* and the *jus in bello*. Whatever be the merits or otherwise of resorting to the use of force (the province of the *jus ad bellum*), when once the domain of force is entered, the governing law in that domain is the *jus in bello*. The humanitarian laws of war take over and govern all who participate, assailant and victim alike. The argument before the Court has proceeded as though, once the self-defence exception to the prohibition of the use of force comes into operation, the applicability of the *jus in bello* falls away. This supposition is juristically wrong and logically untenable. The reality is, of course, that while the *jus ad bellum* only opens the door to the use of force (in self-defence or by the Security Council), whoever enters that door must function subject to the *jus in bello*. The contention that the legality of the use of force justifies a breach of humanitarian law is thus a total non-sequitur.

* * *

[154] Already noted in Section III.11 above.

mité par l'Institut de droit international qu'il devait présider si brillamment par la suite. C'est par 60 voix contre une, avec 2 abstentions, que la session d'Edimbourg de 1969 a adopté la résolution[154]; interdisant les armes qui frappent sans distinction objectifs militaires et objets non militaires, forces armées et populations civiles, ainsi que les armes destinées à semer la terreur dans la population civile. M. Ago lui-même a voté dans le sens de la majorité.

Le deuxième point qui appelle un commentaire est l'argument suivant lequel la résolution 984 (1995) du Conseil de sécurité (exposé écrit du Royaume-Uni, par. 3.42 et annexe D) conforte en quelque sorte l'idée que l'emploi des armes nucléaires en riposte à une agression armée ne doit pas nécessairement être considéré comme illicite.

Si on lit attentivement la résolution en question, on constate qu'elle donne aux Etats non dotés d'armes nucléaires l'assurance que le Conseil de sécurité et les Etats dotés d'armes nucléaires prendraient immédiatement des mesures au cas où un Etat non doté d'armes nucléaires serait victime d'un acte d'agression impliquant l'emploi d'armes nucléaires. La résolution *ne dit absolument rien* sur le type de mesures à prendre pour protéger la victime. S'il avait voulu traiter de cette question et déclarer licite l'emploi des armes nucléaires dans les circonstances indiquées, le Conseil de sécurité avait là une occasion idéale de le faire.

Pour achever l'analyse de cette question, il convient de souligner que la Cour est l'autorité suprême sur les problèmes de licéité et que, même si le Conseil de sécurité avait expressément approuvé l'emploi des armes nucléaires, il ne serait pas pour autant interdit à la Cour de formuler ses propres conclusions sur la question.

Le troisième point à signaler est que l'argumentation des adversaires de l'illicéité tend largement à estomper la distinction entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. Le recours à la force peut être légitime ou illégitime (question qui relève du *jus ad bellum*) mais, une fois qu'il y a emploi de la force, le droit qui s'applique est le *jus in bello*. Le droit humanitaire de la guerre prend le relais et régit les actions de tous les participants au conflit, aussi bien l'agresseur que la victime. La thèse présentée à la Cour semble procéder de l'idée que, lorsqu'on est dans le cadre de l'exception au non-recours à la force que constitue la légitime défense, il n'y a pas place pour l'application du *jus in bello*. Cette idée est juridiquement erronée et logiquement indéfendable. La vérité est, bien entendu, que le *jus ad bellum* ne fait qu'ouvrir la porte à l'emploi de la force (en cas de légitime défense ou par décision du Conseil de sécurité) et que quiconque franchit cette porte doit se conformer au *jus in bello*. Prétendre que la licéité de l'emploi de la force justifie la violation du droit humanitaire est totalement aberrant.

* * *

[154] Déjà mentionnée ci-dessus à la section III, paragraphe 11.

Upon a review therefore, no exception can be made to the illegality of the use of nuclear weapons merely because the weapons are used in self-defence.

Collective self-defence, where another country has been attacked, raises the same issues as are discussed above.

Anticipatory self-defence — the pre-emptive strike before the enemy has actually attacked — cannot legally be effected by a nuclear strike, for a first strike with nuclear weapons would axiomatically be prohibited by the basic principles already referred to. In the context of non-nuclear weaponry, all the sophistication of modern technology and the precise targeting systems now developed would presumably be available for this purpose.

V. Some General Considerations

1. Two Philosophical Perspectives

This opinion has set out a multitude of reasons for the conclusion that the resort to nuclear weapons for any purpose entails the risk of the destruction of human society, if not of humanity itself. It has also pointed out that any rule permitting such use is inconsistent with international law itself.

Two philosophical insights will be referred to in this section — one based on rationality, and the other on fairness.

In relation to the first, all the postulates of law presuppose that they contribute to and function within the premise of the continued existence of the community served by that law. Without the assumption of that continued existence, no rule of law and no legal system can have any claim to validity, however attractive the juristic reasoning on which it is based. That taint of invalidity affects not merely the particular rule. The legal system, which accommodates that rule, itself collapses upon its foundations, for legal systems are postulated upon the continued existence of society. Being part of society, they must themselves collapse with the greater entity of which they are a part. This assumption, lying at the very heart of the concept of law, often recedes from view in the midst of the nuclear discussion.

Without delving in any depth into philosophical discussions of the nature of law, it will suffice for present purposes to refer briefly to two tests proposed by two pre-eminent thinkers about justice of the present era — H. L. A. Hart and John Rawls.

Hart, a leading jurist of the positivistic school, has, in a celebrated exposition of the minimum content of natural law, formulated this principle pithily in the following sentence:

> "We are committed to it as something presupposed by the terms

En résumé, il n'y a donc pas d'exception, à l'illicéité de l'emploi des armes nucléaires qui autoriserait le recours à ces armes en état de légitime défense.

La légitime défense collective soulève des problèmes analogues à ceux qui viennent d'être examinés.

La légitime défense préventive — c'est-à-dire le recours à une attaque préemptive, avant que l'adversaire n'ait effectivement attaqué — ne peut pas, sur le plan juridique, prendre la forme d'une frappe nucléaire puisqu'une première frappe nucléaire serait à l'évidence interdite par les principes de base déjà mentionnés. Les armes non nucléaires pourraient sans doute être utilisées dans ce contexte du fait des progrès de la technique moderne et des systèmes de ciblage perfectionnés qui ont maintenant été mis au point.

V. Quelques considérations générales

1. Deux visions philosophiques

Dans la présente opinion, j'ai exposé une multitude de raisons à l'appui de la conclusion selon laquelle le recours aux armes nucléaires à quelque fin que ce soit pourrait conduire à la destruction de la société humaine, sinon de l'humanité elle-même. Il a été fait ainsi observer que toute règle autorisant un tel emploi est contraire au droit international lui-même.

Deux visions philosophiques seront analysées dans la présente section, fondées, l'une, sur la raison, l'autre, sur l'équité.

Selon la première, tous les postulats du droit présupposent, tant pour ce qui est de la contribution qu'ils peuvent apporter que du cadre dans lequel ils s'appliquent, que la société qu'ils ont mission de servir a un avenir. Une règle de droit ou un système juridique qui ne repose pas sur cette prémisse ne peut prétendre à aucune légitimité, si séduisant que puisse être le raisonnement juridique qui l'étaie. Ce n'est pas seulement telle ou telle règle particulière qui est affectée par le défaut de légitimité, c'est le système juridique tout entier qui est ébranlé dans ses bases car les systèmes juridiques sont faits pour une société qui dure. Etant une émanation de la société, ils s'effondrent avec la société qui leur sert de cadre. Cette idée, qui est au cœur même de la notion de droit, est parfois perdue de vue dans les débats sur l'arme nucléaire.

Sans vouloir aller au fond des doctrines philosophiques sur la nature du droit, j'évoquerai brièvement, aux fins de la présente analyse, les thèses avancées au sujet de la justice à l'époque contemporaine par deux éminents penseurs, H. L. A. Hart et John Rawls.

Hart, l'un des principaux représentants de l'école positiviste a, dans un célèbre exposé du contenu minimum du droit naturel, donné du principe visé ci-dessus la formulation lapidaire que voici:

«Nous l'acceptons comme un présupposé requis par la nature de

> of the discussion; for our concern is with social arrangements for continued existence, not with those *of a suicide club*."[155]

His reasoning is that:

> "there are certain rules of conduct which any social organization must contain if it is to be viable. Such rules do in fact constitute a common element in the law and conventional morality of all societies which have progressed to the point where these are distinguished as different forms of social control."[156]

International law is surely such a social form of control devised and accepted by the constituent members of that international society — the nation States.

Hart goes on to note that:

> "Such universally recognized principles of conduct which have a basis in elementary truths concerning human beings, their natural environment, and aims, may be considered the *minimum content* of Natural Law, in contrast with the more grandiose and more challengeable constructions which have often been proffered under that name."[157]

Here is a recognized minimum accepted by positivistic jurisprudence which questions some of the more literal assumptions of other schools. We are down to the common denominator to which all legal systems must conform.

To approach the matter from another standpoint, the members of the international community have for the past three centuries been engaged in the task of formulating a set of rules and principles for the conduct of that society — the rules and principles we call international law. In so doing, they must ask themselves whether there is a place in that set of rules for a rule under which it would be legal, for whatever reason, to eliminate members of that community or, indeed, the entire community itself. Can the international community, which is governed by that rule, be considered to have given its acceptance to that rule, whatever be the approach of that community — positivist, natural law, or any other? Is the community of nations, to use Hart's expression a "suicide club"?

This aspect has likewise been stressed by perceptive jurists from the non-nuclear countries who are alive to the possibilities facing their countries in conflicts between other States in which, though they are not parties, they can be at the receiving end of the resulting nuclear devastation. Can international law, which purports to be a legal system for the

---

[155] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, p. 188; emphasis added.
[156] *Ibid.*
[157] *Ibid.*, p. 189; emphasis added.

la discussion; ce qui nous intéresse, c'est un ordonnancement social projeté dans la durée, pas celui d'un *club du suicide.*»[155]

Il explique que:

«il y a des règles de comportement auxquelles toute organisation sociale doit faire place pour être viable. Ces règles constituent en fait le dénominateur commun du droit et de la morale conventionnelle de toutes les sociétés qui ont atteint un point assez avancé pour établir une distinction entre ces deux formes différentes de contrôle social.»[156]

Le droit international est indubitablement une forme de contrôle social mis en place et accepté par les membres de la société internationale — les Etats nations.

Hart poursuit:

«Les principes de conduite universellement reconnus qui trouvent leur fondement dans des vérités élémentaires concernant les êtres humains, leur environnement et leurs buts peuvent être considérés comme définissant le *contenu minimum* du droit naturel, par opposition aux définitions plus ambitieuses et plus hasardeuses que l'on a souvent voulu donner de la notion.»[157]

Ainsi se trouve défini un minimum accepté par l'école positiviste, qui met en cause certaines des approches plus littérales d'autres écoles. On en revient au dénominateur commun auquel tous les systèmes juridiques doivent se conformer.

Pour aborder la question sous un autre angle, on peut dire que les membres de la société internationale se sont, au cours des trois derniers siècles, attachés à formuler un ensemble de règles et de principes destinés à régir cette société — ce que nous désignons sous le nom de droit international. Il leur faut maintenant se demander s'il y a place dans ce contexte pour une règle en vertu de laquelle il serait licite, pour une raison ou une autre, d'éliminer des membres de la société ou, d'ailleurs, la société elle-même. La société internationale, censée être régie par une telle règle, pourrait-elle être réputée y avoir souscrit — qu'elle se réclame du positivisme, du droit naturel ou de n'importe quelle autre philosophie? La société internationale est-elle, pour reprendre l'expression de Hart, un «club du suicide»?

Ce problème n'a pas échappé à la sagacité de juristes de pays non dotés d'armes nucléaires qui sont conscients qu'en cas de conflit entre d'autres Etats leur pays pourrait, bien que non belligérant, subir la dévastation nucléaire résultant du conflit. Est-il possible que le droit international, qui est censé être un système juridique applicable à l'ensemble de la

[155] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, p. 188 (les italiques sont de moi).
[156] *Ibid.*
[157] *Ibid.*, p. 189 (les italiques sont de moi).

entire global community, accommodate any principles which make possible the destruction of their communities?

> "No legal system can confer on any of its members the right to annihilate the community which engenders it and whose activities it seeks to regulate. In other words, there cannot be a *legal* rule, which *permits* the threat or use of nuclear weapons. In sum, nuclear weapons are an unprecedented event which calls for rethinking the self-understanding of traditional international law. Such rethinking would reveal that the question is not whether one interpretation of existing laws of war prohibits the threat or use of nuclear weapons and another permits it. Rather, the issue is whether the debate can take place at all in the world of law. The question is in fact one which cannot be legitimately addressed by law at all since it cannot tolerate an interpretation which negates its very essence. The end of law is a rational order of things, with survival as its core, whereas nuclear weapons eliminate all hopes of realising it. In this sense, nuclear weapons are unlawful by definition."[158]

The aspect stressed by Hart that the proper end of human activity is survival is reflected also in the words of Nagendra Singh, a former President of this Court, who stated, in his pioneering study of nuclear weapons, that:

> "It would indeed be arrogant for any single nation to argue that to save humanity from bondage it was thought necessary to destroy humanity itself . . . No nation acting on its own has a right to destroy its kind, or even to destroy thousands of miles of land and its inhabitants in the vain hope that a crippled and suffering humanity — a certain result of nuclear warfare — was a more laudable objective than the loss of human dignity — an uncertain result which may or may not follow from the non-use of nuclear weapons."[159]

Nagendra Singh expressed the view, in the same work, that "resort to such weapons is not only incompatible with the laws of war, but irreconcilable with international law itself"[160].

Another philosophical approach to the matter is along the lines of the "veil of ignorance" posited by John Rawls in his celebrated study of justice as fairness[161].

If one is to devise a legal system under which one is prepared to live, this exposition posits as a test of fairness of that system that its members

---

[158] B. S. Chimni, "Nuclear Weapons and International Law: Some Reflections", in *International Law in Transition: Essays in Memory of Judge Nagendra Singh*, 1992, p. 142; emphasis added.

[159] Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, 1959, pp. 242-243.

[160] *Ibid.*, p. 17.

[161] John Rawls, *A Theory of Justice*, 1972.

société internationale, donne droit de cité à des principes qui permettent la destruction de membres de cette société?

> «Aucun système juridique ne peut conférer à l'un quelconque de ses membres le droit d'anéantir la société dont il est l'émanation et dont il vise à réglementer le fonctionnement. En d'autres termes, il ne peut pas y avoir de règles *juridiques* qui *autorisent* la menace d'emploi ou l'emploi d'armes nucléaires. En fin de compte, les armes nucléaires sont une réalité sans précédent qui exige un effort de réflexion sur la finalité du droit international traditionnel. Un tel effort de réflexion révélerait que la question n'est pas de savoir s'il y a une interprétation du droit de la guerre en vigueur qui interdit la menace d'emploi ou l'emploi des armes nucléaires et une autre qui le permet. Elle est de savoir s'il y a place pour une telle interrogation dans le monde juridique. Le droit ne peut simplement pas se saisir du problème parce qu'il ne saurait tolérer une interprétation qui nie son existence même. Le but du droit est d'instituer un ordre rationnel axé sur la survie alors que les armes nucléaires interdisent tout espoir d'atteindre ce but. En ce sens, les armes nucléaires sont illicites par définition.»[158]

L'idée avancée par Hart que l'activité humaine est avant tout axée sur la survie se retrouve chez un ancien Président de la Cour, Nagendra Singh, qui écrit dans une étude sur les armes nucléaires qui a ouvert la voie à beaucoup d'autres:

> «Ce serait de l'impudence, de la part d'une nation isolée, de soutenir que, pour sauver l'humanité de l'esclavage, il a paru nécessaire de la détruire ... Aucune nation n'est investie du droit d'anéantir une autre nation ou même de détruire des terres et leurs habitants sur des milliers de kilomètres dans le vain espoir qu'une humanité affaiblie et déchirée — résultat inévitable de la guerre nucléaire — serait préférable au sacrifice de la dignité humaine — résultat hypothétique du non-emploi des armes nucléaires.»[159]

Nagendra Singh a dans le même ouvrage exprimé l'avis que «le recours à de telles armes est incompatible non seulement avec le droit de la guerre mais avec le droit international lui-même»[160].

Une autre thèse philosophique repose sur l'idée du «voile d'ignorance» avancée par John Rawls dans sa célèbre étude de la justice considérée dans ses rapports avec l'équité[161].

Aux fins de la mise en place d'un système juridique «vivable», l'auteur propose que, pour déterminer si un système est équitable, on se demande

---

[158] B. S. Chimni, «Nuclear Weapons and International Law: Some Reflections», dans *International Law in Transition: Essays in Memory of Judge Nagendra Singh*, 1992, p. 142 (les italiques sont de moi).

[159] Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, 1959, p. 242-243.

[160] *Ibid.*, p. 17.

[161] John Rawls, *A Theory of Justice*, 1972.

would be prepared to accept it if the decision had to be taken behind a veil of ignorance as to the future place of each constituent member within that legal system.

A nation considering its allegiance to such a system of international law, and not knowing whether it would fall within the group of nuclear nations or not, could scarcely be expected to subscribe to it if it contained a rule by which legality would be accorded to the use of a weapon by others which could annihilate it. Even less would it consent if it is denied even the right to possess such a weapon and, least of all if it could be annihilated or irreparably damaged in the quarrels of others to which it is not in any way a party.

One would indeed be in a desirable position in the event that it was one's lot to become a member of the nuclear group but, if there was a chance of being cast into the non-nuclear group, would one accept such a legal system behind a veil of ignorance as to one's position? Would it make any difference if the members of the nuclear group gave an assurance, which no one could police, that they would use the weapon only in extreme emergencies? The answers to such questions cannot be in doubt. By this test of fairness and legitimacy, such a legal system would surely fail.

Such philosophical insights are of cardinal value in deciding upon the question whether the illegality of use would constitute a minimum component of a system of international law based on rationality or fairness. By either test, widely accepted in the literature of modern jurisprudence, the rule of international law applicable to nuclear weapons would be that their use would be impermissible.

Fundamental considerations such as these tend to be overlooked in discussions relating to the legality of nuclear weapons. On matter so intrinsic to the validity of the entire system of international law, such perspectives cannot be ignored.

2. The Aims of War

War is never an end in itself. It is only a means to an end. This was recognized in the St. Petersburg Declaration of 1868, already noted (in Section III.3 on humanitarian law), which stipulated that the weakening of the military forces of the enemy was the only legitimate object of war. Consistently with this principle, humanitarian law has worked out the rule, already referred to, that "The right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited" (Article 22 of the Hague Rules, 1907).

All study of the laws of war becomes meaningless unless it is anchored to the ends of war, for thus alone can the limitations of war be seen in their proper context. This necessitates a brief excursus into the philosophy of the aims of war. Literature upon the subject has existed for upwards of twenty centuries.

si ceux auxquels il est destiné seraient prêts à l'accepter en ignorant totalement quelle sera leur place dans le système.

Une nation ayant à choisir un système de droit international et ne sachant pas si elle sera intégrée ou non au groupe des nations dotées d'armes nucléaires ne serait guère encline à se rallier à un système qui comporterait une règle déclarant licite l'emploi par d'autres nations d'une arme capable de l'anéantir, surtout si le droit de posséder l'arme en question lui était refusé et plus encore si elle risquait d'être anéantie ou irrémédiablement endommagée à la suite de conflits opposant d'autres nations avec lesquels elle n'aurait rien à voir.

Le système serait, certes, attrayant pour quiconque serait assuré de devenir membre du club nucléaire mais, dès lors qu'il y aurait un risque d'être intégré au groupe des pays non dotés d'armes nucléaires, qui accepterait un tel système en ignorant totalement quel sera son sort? Et cela changerait-il quelque chose si les membres du club nucléaire prenaient l'engagement — qu'il n'y aurait personne pour faire respecter — de n'utiliser l'arme qu'en cas d'extrême urgence? La réponse à ces questions ne fait pas le moindre doute. Sur la base des critères de la légitimité et de l'équité, un tel système juridique serait sûrement voué à l'échec.

Ces analyses philosophiques sont d'une importance capitale lorsqu'il s'agit de savoir si l'illicéité de l'emploi des armes considérées est une norme minimum de tout système de droit international fondé soit sur la raison soit sur l'équité. Que l'on applique l'un ou l'autre de ces critères, tous deux largement admis par la doctrine juridique moderne, le droit international ne saurait énoncer, en ce qui concerne les armes nucléaires, qu'une règle en prohibant l'emploi.

On tend parfois à perdre de vue des considérations essentielles comme celles qui précèdent dans le débat sur la licéité des armes nucléaires. Elles sont pourtant décisives s'agissant d'une question qui met en jeu la validité du droit international tout entier.

2. Les buts de la guerre

La guerre n'est jamais une fin en soi. Elle est un moyen au service d'une fin. C'est ce qu'a reconnu la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868, évoquée ci-dessus à la section III, paragraphe 3, sur le droit humanitaire, lorsqu'elle a affirmé que l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi est le seul but légitime de la guerre. Sur la base de ce principe, le droit humanitaire a dégagé une règle, déjà mentionnée, selon laquelle «les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi» (article 22 du règlement de La Haye de 1907).

Une étude du droit de la guerre n'a de sens que si elle s'ordonne autour des buts de la guerre; c'est là le seul moyen de situer dans leur vrai contexte les restrictions auxquelles la guerre est subordonnée. On est donc amené à examiner brièvement la philosophie relative aux buts de la guerre. Il y a plus de vingt siècles que la doctrine s'intéresse à cette question.

Reference has already been made, in the context of hyperdestructive weapons, to the classical Indian tradition reflected in India's greatest epics, the *Ramayana* and the *Mahabharatha*. The reason behind the prohibition was that the weapon went beyond the purposes of war.

This was precisely what Aristotle taught when, in Book VII of *Politics*, he wrote that, "War must be looked upon simply as a means to peace."[162] It will be remembered that Aristotle was drawing a distinction between actions that are no more than necessary or useful, and actions which are good in themselves. Peace was good in itself, and war only a means to this end. Without the desired end, namely peace, war would therefore be meaningless and useless. Applying this to the nuclear scenario, a war which destroys the other party is totally lacking in meaning and utility, and hence totally lacks justification. Aristotle's view of war was that it is a temporary interruption of normalcy, with a new equilibrium resulting from it when that war inevitably comes to an end.

The philosophy of the balance of power which dominated European diplomacy since the Peace of Utrecht in 1713 presupposed not the elimination of one's adversary, but the achievement of a workable balance of power in which the vanquished had a distinct place. Even the extreme philosophy that war is a continuation of the processes of diplomacy, which Clausewitz espoused, presupposed the continuing existence, as a viable unit, of the vanquished nation.

The United Nations Charter itself is framed on the basic principle that the use of force is outlawed (except for the strictly limited exception of self-defence), and that the purpose of the Charter is to free humanity from the scourge of war. Peace between the parties is the outcome the Charter envisages and not the total devastation of any party to the conflict.

Nuclear weapons render these philosophies unworkable. The nuclear exchanges of the future, should they ever take place, will occur in a world in which there is no monopoly of nuclear weapons. A nuclear war will not end with the use of a nuclear weapon by a single power, as happened in the case of Japan. There will inevitably be a nuclear exchange, especially in a world in which nuclear weapons are triggered for instant and automatic reprisal in the event of a nuclear attack.

Such a war is not one in which a nation, as we know it, can survive as a viable entity. The spirit that walks the nuclear wasteland will be a spirit of total despair, haunting victors (if there are any) and vanquished alike. We have a case here of methodology of warfare which goes beyond the purposes of war.

[162] Aristotle, *Politics*, trans. John Warrington, Heron Books, 1934, p. 212.

J'ai déjà évoqué, à propos des armes hyperdestructrices, la tradition indienne classique telle qu'elle est exprimée dans les deux plus grandes épopées de l'Inde, le *Ramayana* et le *Mahabharatha*. Dans cette tradition, les armes en question étaient interdites parce que leurs effets dépassaient les buts de la guerre.

C'est le même esprit qui inspirait Aristote lorsqu'il écrivait dans le livre VII de la *Politique*: «La guerre ne doit être envisagée que comme un moyen de parvenir à la paix.»[162] On se rappellera qu'Aristote distinguait entre les actions qui sont simplement nécessaires ou utiles et celles qui sont bonnes en elles-mêmes. La paix est bonne et la guerre n'est qu'un moyen d'y parvenir. Privée de son but — la paix — la guerre serait vide de sens et inutile. Si l'on applique ce raisonnement dans le contexte nucléaire, une guerre qui détruit l'autre partie est totalement dépourvue de sens et d'utilité et n'a donc aucune justification. Aristote voyait dans la guerre une suspension temporaire de la normalité faisant place, une fois la guerre inéluctablement parvenue à son terme, à un nouvel équilibre.

La philosophie de l'équilibre des pouvoirs qui a dominé la diplomatie européenne à compter de la paix d'Utrecht en 1713 reposait sur l'idée non de l'élimination de l'adversaire, mais de l'instauration d'un équilibre des pouvoirs viable où le vaincu avait sa place. Même la théorie extrême, défendue par Clausewitz, selon laquelle la guerre est le prolongement de la diplomatie présupposait que la nation vaincue continuait d'exister en tant qu'entité viable.

La Charte des Nations Unies elle-même repose sur le principe de base que l'emploi de la force est interdit (sauf dans l'hypothèse, strictement circonscrite, de la légitime défense) et que le but de la Charte est de préserver l'humanité du fléau de la guerre. La paix entre les adversaires, non la dévastation totale de l'un d'entre eux, est l'issue que la Charte envisage.

Les armes nucléaires vident ces philosophies de tout sens. Les échanges nucléaires de demain, s'ils ont lieu, auront pour théâtre un monde où aucune nation n'aura le monopole des armes nucléaires. Une guerre nucléaire ne se réduira pas, comme dans le cas du Japon, au largage d'une bombe par une seule puissance. Un échange nucléaire sera d'autant plus inévitable que nous vivons à une époque où les armes nucléaires sont programmées pour une riposte instantanée et automatique en cas d'attaque nucléaire.

Les nations telles que nous les connaissons ne peuvent pas survivre en tant qu'entités viables à une guerre nucléaire. Dans le désert nucléaire, le spectre qui hantera les vainqueurs (s'il y en a) comme les vaincus sera celui du désespoir absolu. Nous avons là une méthode de guerre qui conduit à des résultats excessifs par rapport aux buts de la guerre.

[162] Aristote, *Politique*, version française basée sur la traduction de John Warrington, Heron Books, 1934, p. 212.

3. The Concept of a "Threat of Force" under the United Nations Charter

The question asked by the General Assembly relates to the use of force and the threat of force. Theoretically, the use of force, even with the simplest weapon, is unlawful under the United Nations Charter. There is no purpose therefore in examining whether the use of force with a nuclear weapon is contrary to international law. When even the use of a single rifle is banned, it makes little sense to enquire whether a nuclear weapon is banned.

The question of a threat of force, within the meaning of the Charter, needs some attention. To determine this question, an examination of the concept of threat of force in the Charter becomes necessary.

Article 2 (4) of the United Nations Charter outlaws threats against the territorial integrity or political independence of any State. As reaffirmed in the Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations 1970:

> "Such a threat or use of force constitutes a violation of international law and the Charter of the United Nations and shall never be employed as a means of settling international issues." (General Assembly resolution 2625 (XXV).)

Other documents confirming the international community's understanding that threats are outside the pale of international law include the 1965 Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty (General Assembly resolution 2131 (XX)), and the 1987 Declaration on the Enhancement of the Principle of Non-Use of Force (General Assembly resolution 42/22, para. 2).

It is to be observed that the United Nations Charter draws no distinction between the use of force and the threat of force. Both equally lie outside the pale of action within the law.

Numerous international documents confirm the prohibition on the threat of force without qualification. Among these are the 1949 Declaration on Essentials of Peace (General Assembly resolution 290 (IV)); the 1970 Declaration on the Strengthening of International Security (General Assembly resolution 2734 (XXV)); and the 1988 Declaration on the Prevention and Removal of Disputes and Situations Which May Threaten International Peace and Security and on the Role of the United Nations in This Field (General Assembly resolution 43/51). The Helsinki Final Act (1975) requires participating States to refrain from the threat or use of force. The Pact of Bogotá (the American Treaty on Pacific Settlement) is even more specific, requiring the contracting parties to "refrain from the threat or the use of force, or from any other means of coercion for the settlement of their controversies . . .".

3. Le concept de «menace de la force» dans la Charte des Nations Unies

La question posée par l'Assemblée générale concerne l'emploi de la force et la menace de la force. En principe, l'emploi de la force, même au moyen de l'arme la plus simple, est illicite en vertu de la Charte des Nations Unies. Il n'y a donc pas à se demander si l'emploi de la force au moyen d'une arme nucléaire est contraire au droit international. Si l'emploi d'un simple fusil est prohibé, la question de savoir si une arme nucléaire est interdite n'a guère de sens.

La question de la menace de la force au sens de la Charte appelle quelques commentaires. Elle exige un examen de la notion même de menace de la force, telle qu'elle figure dans la Charte.

L'article 2, paragraphe 4, de la Charte interdit les menaces à l'intégrité territoriale et à l'indépendance politique de tout Etat. Ainsi qu'il est réaffirmé dans la déclaration sur les principes du droit international concernant les relations amicales de 1970:

> «Pareil recours à la menace ou à l'emploi de la force constitue une violation du droit international et de la Charte des Nations Unies et ne doit jamais être utilisé comme moyen de règlement des problèmes internationaux.» (Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale.)

Parmi les autres documents qui confirment qu'aux yeux de la communauté internationale la menace est interdite par le droit international, on peut citer la déclaration de 1965 sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté (résolution 2131 (XX) de l'Assemblée générale) et la déclaration de 1987 sur le renforcement de l'efficacité du principe de l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales (résolution 42/22 de l'Assemblée générale, par. 2).

Il est à noter que la Charte des Nations Unies ne fait pas de distinction entre l'emploi de la force et la menace de la force. L'un et l'autre sont exclus du champ des comportements licites.

De nombreux documents internationaux confirment que la menace de la force est totalement interdite. On citera, parmi d'autres, la déclaration de 1949 sur les éléments essentiels de la paix (résolution 290 (IV) de l'Assemblée générale); la déclaration de 1970 sur le renforcement de la sécurité internationale (résolution 2734 (XXV) de l'Assemblée générale); et la déclaration de 1988 sur la prévention et l'élimination des différends et des situations qui peuvent menacer la paix et la sécurité internationales et le rôle des Nations Unies dans ce domaine (résolution 43/51 de l'Assemblée générale). L'acte final d'Helsinki (1975) enjoint aux Etats participant de s'abstenir de la menace ou de l'emploi de la force. Le pacte de Bogotá (le traité américain sur le règlement pacifique des différends) est plus précis encore puisqu'il exige des parties contractantes qu'elles s'abstiennent «de la menace, de l'emploi de la force ou de n'importe quel autre moyen de coercition pour régler leurs différends...»

The principle of non-use of threats is thus as firmly grounded as the principle of non-use of force and, in its many formulations, it has not been made subject to any exceptions. If therefore deterrence is a form of threat, it must come within the prohibitions of the use of threats.

A more detailed discussion follows in Section VII.2 of the concept of deterrence.

4. Equality in the Texture of the Laws of War

There are some structural inequalities built into the current international legal system, but the substance of international law — its corpus of norms and principles — applies equally to all. Such equality of all those who are subject to a legal system is central to its integrity and legitimacy. So it is with the body of principles constituting the corpus of international law. Least of all can there be one law for the powerful and another law for the rest. No domestic system would accept such a principle, nor can any international system which is premised on a concept of equality.

In the celebrated words of the United States Chief Justice John Marshall in 1825,

> "No principle of general law is more universally acknowledged than the perfect equality of nations. Russia and Geneva have equal rights."[163]

As with all sections of the international legal system, the concept of equality is built into the texture of the laws of war.

Another anomaly is that if, under customary international law, the *use* of the weapon is legal, this is inconsistent with the denial, to 180 of the 185 Members of the United Nations, of even the right to *possession* of this weapon. Customary international law cannot operate so unequally, especially if, as is contended by the nuclear powers, the use of the weapon is essential to their self-defence. Self-defence is one of the most treasured rights of States and is recognized by Article 51 of the United Nations Charter as the inherent right of every Member State of the United Nations. It is a wholly unacceptable proposition that this right is granted in different degrees to different Members of the United Nations family of nations.

---

[163] *The Antelope* case, [1825] 10 *Wheaton*, p. 122. Cf. Vattel, "A dwarf is as much a man as a giant is; a small republic is no less a sovereign state than the most powerful Kingdom." (*Droit des gens*, Fenwick trans. in *Classics of International Law*, S. 18.)

Le principe du non-recours à la menace de la force est donc aussi fermement établi que le principe du non-recours à la force et, dans aucune de ses nombreuses formulations, il n'a fait l'objet d'exceptions. Si donc la dissuasion est une forme de menace, elle est nécessairement couverte par l'interdiction de la menace de la force.

Une analyse plus détaillée de la notion de dissuasion figure à la section VII, paragraphe 2.

4. L'égalité dans le contexte du droit de la guerre

Il y a, dans l'ordre juridique international actuel, des inégalités structurelles mais le fond du droit international — le corpus de normes et de principes en quoi il consiste — s'applique également à tous. L'égalité de l'ensemble des sujets de droit dans le cadre d'un même ordre juridique est une condition essentielle de l'intégrité et de la légitimité de cet ordre juridique. La règle vaut pour le groupe de principes qui constituent le corpus du droit international. Il ne saurait encore y avoir un droit pour les puissants et un droit pour les autres. Une telle formule ne serait acceptable dans aucun ordre interne; elle ne l'est pas davantage dans l'ordre international, qui repose sur la notion d'égalité.

Comme l'a dit en 1825 le juge américain John Marshall dans une formule célèbre:

> «Aucun principe du droit général n'est plus universellement reconnu que le principe de la complète égalité des nations. La Russie et Genève ont des droits égaux.»[163]

La notion d'égalité fait partie intégrante du droit de la guerre comme de toutes les autres composantes de l'ordre juridique international.

Il convient de relever un autre anomalie: si, en vertu du droit international coutumier, l'*emploi* de la bombe est licite, il est illogique de refuser à cent quatre-vingts des cent quatre-vingt-cinq Membres de l'Organisation des Nations Unies le droit de simplement *posséder* cette arme. Le droit international coutumier ne peut pas s'appliquer de façon aussi inégale, surtout étant donné la position des puissances dotées d'armes nucléaires qui prétendent qu'elles doivent pouvoir employer la bombe à des fins de légitime défense. Le droit de légitime défense est l'un de ceux auxquels les Etats sont le plus attachés et l'article 51 de la Charte des Nations Unies le reconnaît comme un droit naturel de tous les Etats Membres des Nations Unies. Il est impensable que ce droit soit accordé à des degrés variables aux divers membres de la famille des nations que représente l'Organisation des Nations Unies.

[163] Affaire de l'*Antelope*, [1825] *Wheaton*, p. 122. Voir Vattel: «Un nain est un être humain au même titre qu'un géant; une petite république est un Etat souverain au même titre que le royaume le plus puissant.» (*Droit des gens*, version française basée sur la traduction de Fenwick dans *Classics of International Law*, S. 18.)

De facto inequalities always exist and will continue to exist so long as the world community is made up of sovereign States, which are necessarily unequal in size, strength, wealth and influence. But a great conceptual leap is involved in translating *de facto* inequality into inequality *de jure*. It is precisely such a leap that is made by those arguing, for example, that when the Protocols to the Geneva Conventions did not pronounce on the prohibition of the use of nuclear weapons, there was an implicit recognition of the legality of their use by the nuclear powers. Such silence meant an agreement not to deal with the question, not a consent to legality of use. The "understandings" stipulated by the United States and the United Kingdom that the rules established or newly introduced by the 1977 Additional Protocol to the four 1949 Geneva Conventions would not regulate or prohibit the use of nuclear weapons do not undermine the basic principles which antedated these formal agreements and received expression in them. They rest upon no conceptual or juristic reason that can make inroads upon those principles. It is conceptually impossible to treat the silence of these treaty provisions as overruling or overriding these principles.

Similar considerations apply to the argument that treaties imposing partial bans on nuclear weapons must be interpreted as a current acceptance, by implication, of their legality.

This argument is not well founded. Making working arrangements within the context of a situation one is powerless to avoid is neither a consent to that situation, nor a recognition of its legality. It cannot confer upon that situation a status of recognition of its validity. Malaysia offered in this context the analogy of needle exchange programmes to minimize the spread of disease among drug users. Such programmes cannot be interpreted as rendering drug abuse legal (Written Comments, p. 14). What is important is that, amidst the plethora of resolutions and declarations dealing with nuclear weapons, there is not one which sanctions the use of such weapons for any purpose whatsoever.

A legal rule would be inconceivable that some nations alone have the right to use chemical or bacteriological weapons in self-defence, and others do not. The principle involved, in the claim of some nations to be able to use nuclear weapons in self-defence, rests on no different juristic basis.

Another feature to be considered in this context is that the community of nations is by very definition a voluntarist community. No element in it imposes constraints upon any other element from above. Such a structure is altogether impossible except on the basic premise of equality. Else "the

Il existe des inégalités de fait et il continuera d'en exister aussi longtemps que la communauté internationale sera composée d'Etats souverains qui sont nécessairement inégaux par leur taille, leur puissance, leur richesse et leur influence. Mais, au plan conceptuel, il y a une grande différence entre la constatation d'une inégalité de fait et sa transposition en une inégalité de droit. C'est précisément ce pas que franchissent ceux, par exemple, pour qui le silence des protocoles additionnels aux conventions de Genève sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires équivaut à une reconnaissance implicite de la licéité de l'emploi de ces armes par les puissances dotées d'armes nucléaires. En réalité, ce que traduit le silence des protocoles c'est un accord pour ne pas traiter de la question, non un accord pour reconnaître la licéité de l'emploi des armes nucléaires. Les «déclarations» des Etats-Unis et du Royaume-Uni selon lesquelles les règles établies ou les règles nouvelles énoncées dans le protocole additionnel de 1977 aux quatre conventions de Genève de 1949 ne sont censées ni régir ni interdire l'emploi des armes nucléaires ne mettent pas en question les principes de base qui existaient avant que ces instruments formels ne soient adoptés et ne les formule noir sur blanc. Elles ne reposent sur aucun argument philosophique ou juridique qui ait la moindre prise sur les principes en question. Il est absurde d'attribuer au silence des dispositions conventionnelles considérées une valeur juridique supérieure à celle des principes en cause.

On peut répondre de la même manière à l'argument suivant lequel les traités imposant des interdictions partielles touchant les armes nucléaires doivent être interprétés comme reconnaissant implicitement, pour le moment, la licéité de ces armes.

Cet argument est mal fondé. Trouver des accommodements dans le cadre d'une situation dont on n'est pas maître n'équivaut ni à accepter cette situation ni à en reconnaître la licéité. De tels accommodements n'emportent en aucune manière reconnaissance de la légitimité de la situation. La Malaisie a fait dans ce contexte une comparaison avec les programmes d'échange de seringues visant à freiner la propagation des maladies parmi les toxicomanes. De tels programmes ne peuvent pas être interprétés comme légalisant l'abus des stupéfiants (observations écrites, p. 14). Ce qui compte, c'est que, dans la multitude de résolutions et de déclarations où il est question des armes nucléaires, on n'en trouve pas une qui autorise l'emploi de ces armes à quelque fin que ce soit.

On ne saurait guère concevoir une règle juridique qui permettrait à quelques nations d'employer des armes chimiques et bactériologiques en état de légitime défense mais ne conférerait pas le même droit à d'autres. Pourtant, c'est de cette logique juridique que procède la position des pays qui prétendent avoir le droit d'utiliser les armes nucléaires en état de légitime défense.

Il faut en outre rappeler ici que la société internationale est par définition une société volontariste. Il n'est loisible à aucun de ses éléments d'imposer aux autres à partir d'une position de force des limites à leur liberté d'action. Une telle structure ne peut fonctionner que sur la base de

danger is very real that the law will become little more than the expression of the will of the strongest"[164].

If the corpus of international law is to retain the authority it needs to discharge its manifold and beneficent functions in the international community, every element in its composition should be capable of being tested at the anvil of equality. Some structural inequalities have indeed been built into the international constitutional system, but that is a very different proposition from introducing inequalities into the corpus of substantive law by which all nations alike are governed.

It scarcely needs mention that whatever is stated in this section is stated in the context of the total illegality of the use of nuclear weapons by any powers whatsoever, in any circumstances whatsoever. That is the only sense in which the principle of equality which underlies international law can be applied to the important international problem of nuclear weapons.

5. The Logical Contradiction of a Dual Régime in the Laws of War

If humanitarian law is inapplicable to nuclear weapons, we face the logical contradiction that the laws of war are applicable to some kinds of weapons and not others, while both sets of weapons can be simultaneously used. One set of principles would apply to all other weapons and another set to nuclear weapons. When both classes of weapons are used in the same war, the laws of armed conflict would be in confusion and disarray.

Japan is a nation against which both sets of weapons were used, and it is not a matter for surprise that this aspect seems first to have caught the attention of Japanese scholars. Professor Fajita, in an article to which we were referred, observed:

> "this separation of fields of regulation between conventional and nuclear warfare will produce an odd result not easily imaginable, because conventional weapons and nuclear weapons will be eventually used at the same time, and in the same circumstances in a future armed conflict"[165].

Such a dual régime is inconsistent with all legal principle, and no reasons of principle have ever been suggested for the exemption of nuclear weapons from the usual régime of law applicable to all weapons. The reasons that have been suggested are only reasons of politics or of expediency, and neither a court of law nor any body of consistent juristic science can accept such a dichotomy.

It is of interest to note in this context that even nations denying the

---

[164] Weston, *op. cit.*, p. 254.

[165] *Kansai University Review of Law and Political Science*, 1982, Vol. 3, p. 77.

l'égalité, faute de quoi «il y a tout lieu de craindre que le droit ne se réduise à l'expression de la volonté des plus forts»[164].

Si l'on veut que le droit international conserve l'autorité qu'il doit avoir pour remplir les multiples fonctions bénéfiques qui sont les siennes dans la société internationale, il faut que chacune de ses composantes satisfasse au critère de l'égalité. Sans doute certaines inégalités structurelles ont-elles été introduites dans l'ordre constitutionnel international mais introduire des inégalités dans le droit substantif, qui régit toutes les nations sans distinction, est une tout autre question.

Il est à peine besoin de souligner que tout ce qui est dit dans la présente section repose sur l'idée que l'emploi des armes nucléaires par quelque puissance que ce soit et dans quelque circonstance que ce soit est totalement illicite. C'est là la seule manière dont le principe d'égalité, fondement du droit international, puisse être appliqué s'agissant de l'important problème international que posent les armes nucléaires.

5. Caractère illogique d'un régime dualiste en matière de droit de la guerre

Si l'on admettait que le droit humanitaire ne s'applique pas aux armes nucléaires, on aboutirait à cette contradiction que le droit de la guerre s'applique à certaines armes mais non à d'autres, même si les deux catégories d'armes pourraient être utilisées simultanément. Un ensemble de principes s'appliquerait aux armes nucléaires et un autre au reste des armes. Si les deux catégories d'armes devaient être employées dans le cadre d'une même guerre, le droit des conflits armés ne serait plus que confusion et anarchie.

Le Japon est une nation contre laquelle les deux catégories d'armes ont été employées et il n'est donc pas étonnant que la doctrine japonaise ait, semble-t-il, été la première à soulever ce problème. Le professeur Fajita, dans un article qui a été porté à notre attention, a déclaré ce qui suit:

> «cette scission entre les règles de la guerre classique et celles de la guerre nucléaire donnera de curieux résultats que l'on a peine à se représenter parce que les armes classiques et les armes nucléaires seront en fin de compte utilisées simultanément et dans les mêmes circonstances dans le cadre d'un éventuel conflit armé»[165].

Un tel système dualiste est contraire à tout principe juridique et il n'a été avancé aucune raison de fond qui justifierait que les armes nucléaires soient soustraites au régime juridique normalement applicable à toutes les armes. Seules ont été invoquées des raisons d'opportunité ou des raisons politiques et il n'est pas d'organe judiciaire ou de système juridique cohérent qui puisse accepter une dichotomie de ce genre.

Il est intéressant de noter à cet égard que même les nations qui con-

[164] Weston, *op. cit.*, p. 254.

[165] *Kansai University Review of Law and Political Science*, 1982, vol. 3, p. 77.

illegality of nuclear weapons *per se* instruct their armed forces in their military manuals that nuclear weapons are to be judged according to the same standards that apply to other weapons in armed conflict[166].

6. Nuclear Decision-Making

A factor to be taken into account in determining the legality of the use of nuclear weapons, having regard to their enormous potential for global devastation, is the process of decision-making in regard to the use of nuclear weapons.

A decision to use nuclear weapons would tend to be taken, if taken at all, in circumstances which do not admit of fine legal evaluations. It will in all probability be taken at a time when passions run high, time is short and the facts are unclear. It will not be a carefully measured decision, taken after a detailed and detached evaluation of all relevant circumstances of fact. It would be taken under extreme pressure and stress. Legal matters requiring considered evaluation may have to be determined within minutes, perhaps even by military rather than legally trained personnel, when they are in fact so complex as to have engaged this Court's attention for months. The fate of humanity cannot fairly be made to depend on such a decision.

Studies have indeed been made of the process of nuclear decision-making and they identify four characteristics of a nuclear crisis[167]. These characteristics are:

(1) the shortage of time for making crucial decisions. This is the fundamental aspect of all crises;
(2) the high stakes involved and, in particular, the expectation of severe loss to the national interest;
(3) the high uncertainty resulting from the inadequacy of clear information, for example, what is going on?, what is the intent of the enemy?; and
(4) the leaders are often constrained by political considerations, restricting their options.

If such is the atmosphere in which leaders are constrained to act, and if they must weigh the difficult question whether it is legal or not in the absence of guidelines, the risk of illegality in the use of the weapon is great.

---

[166] See Burns H. Weston, *op. cit.*, p. 252, footnote 105.

[167] See Conn Nugent, "How a Nuclear War Might Begin", in Proceedings of the Sixth World Congress of the International Physicians for the Prevention of Nuclear War, *op. cit.*, p. 117.

testent l'illicéité des armes nucléaires en tant que telles avertissent leurs forces armées dans leurs manuels militaires que les armes nucléaires sont soumises aux normes qui s'appliquent aux autres armes en période de conflit armé[166].

6. *Le processus d'élaboration des décisions en matière nucléaire*

Dans une réflexion sur la licéité de l'emploi des armes nucléaires, il faut, étant donné leur énorme potentiel de destruction à l'échelle planétaire, s'interroger sur le processus d'élaboration des décisions relatives à leur emploi.

La décision d'utiliser les armes nucléaires — si décision il y a — sera vraisemblablement prise dans des conditions peu propices à des appréciations juridiques nuancées puisque, selon toute probabilité, les passions seront exacerbées, le temps fera défaut et les faits seront mal connus. Ce ne sera donc pas une décision mûrement pesée, adoptée après une analyse détaillée et objective de tous les éléments de fait à prendre en considération mais une décision dictée par l'appréhension et la pression des événements. Des questions juridiques exigeant une réflexion approfondie devront être tranchées en quelques minutes, peut-être même par des militaires et non par des juristes alors même qu'elles sont assez complexes pour avoir retenu l'attention de la Cour pendant des mois. Le sort de l'humanité ne peut pas raisonnablement dépendre d'une décision prise dans de telles conditions.

Selon les études qui ont été faites sur le processus d'élaboration des décisions en matière nucléaire[167], une crise nucléaire présente les quatre particularités suivantes:

1) la nécessité de prendre des décisions cruciales en très peu de temps; c'est là une caractéristique essentielle de toutes les situations de crise;
2) l'importance des enjeux et, en particulier, la gravité du péril encouru par l'intérêt national;
3) l'extrême incertitude engendrée par l'absence de renseignements précis sur le déroulement des événements, les intentions de l'ennemi, etc.
4) l'intervention de considérations politiques limitant la liberté d'action des autorités.

Si telles sont les conditions dans lesquelles les dirigeants doivent agir et s'il leur faut apprécier la licéité de tel ou tel comportement sans le secours de directives, le risque d'une utilisation illicite de l'arme est considérable.

[166] Voir Burns H. Weston, *op. cit.*, p. 252, note 105.

[167] Voir Conn Nugent, «How a Nuclear War Might Begin», dans les actes du sixième congrès mondial de l'Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire (IPPNW), *op. cit.*, p. 117.

The weapon should in my view be declared illegal in *all* circumstances. If it is legal in some circumstances, however improbable, those circumstances need to be specified (or else a confused situation is made more confused still).

VI. The Attitude of the International Community towards Nuclear Weapons

Quite apart from the importance of such considerations as the conscience of humanity and the general principles of law recognized by civilized nations, this section becomes relevant also because the law of the United Nations proceeds from the will of the peoples of the United Nations; and ever since the commencement of the United Nations, there has not been an issue which has attracted such sustained and widespread attention from its community of members. *Apartheid* was one of the great international issues which attracted concentrated attention until recently, but there has probably been a deeper current of continuous concern with nuclear weapons, and a universally shared revulsion at their possible consequences. The floodtide of global disapproval attending the nuclear weapon has never receded and no doubt will remain unabated so long as those weapons remain in the world's arsenals.

1. The Universality of the Ultimate Goal of Complete Elimination

The international community's attitude towards nuclear weapons has been unequivocal — they are a danger to civilization and must be eliminated. The need for their complete elimination has been the subject of several categorical resolutions of the General Assembly, which are referred to elsewhere in this opinion.

The most recent declaration of the international community on this matter was at the 1995 Non-Proliferation Treaty Review Conference which, in its "Principles and Objectives for Nuclear Non-Proliferation and Disarmament", stressed "the ultimate goals of the complete elimination of nuclear weapons and a treaty on general and complete disarmament". This was a unanimous sentiment expressed by the global community and a clear commitment by every nation to do all that it could to achieve the complete elimination of these weapons.

The NPT, far from legitimizing the possession of nuclear weapons, was a treaty for their liquidation and eventual elimination. Its preamble unequivocally called for the liquidation of all existing stockpiles and their elimination from national arsenals. Such continued possession as it envis-

L'arme nucléaire doit à mon avis être déclarée illicite en *toutes* circonstances. Si certaines circonstances en rendent l'emploi licite — ce qui paraît bien improbable — il faut les préciser pour éviter d'ajouter à la confusion.

VI. L'ATTITUDE DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE VIS-À-VIS DES ARMES NUCLÉAIRES

S'il paraît utile de consacrer une section à cette question, c'est parce que, indépendamment du rôle important que jouent des facteurs tels que la conscience de l'humanité et les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, c'est de la volonté des peuples des Nations Unies que procède le droit des Nations Unies; or, aucune question depuis la création de l'Organisation n'a suscité dans la communauté de ses membres un intérêt aussi soutenu et aussi universel. Sans doute l'*apartheid* a-t-il été, jusqu'à une date récente, l'un des grands problèmes internationaux sur lesquels se concentrait l'attention, mais il semble bien que l'inquiétude causée par les armes nucléaires ait été plus constante et plus profonde et l'horreur inspirée par leurs conséquences plus largement partagée. La tempête de protestations provoquée par les armes nucléaires n'a jamais connu de répit et continuera sans doute de faire rage aussi longtemps que ces armes seront stockées dans les arsenaux de la planète.

1. Universalité de l'adhésion au but ultime de l'élimination complète

Les armes nucléaires ont suscité dans la société internationale une réaction sans équivoque — elles constituent un danger pour la civilisation et doivent être éliminées. La nécessité de les éliminer complètement a été soulignée par plusieurs résolutions catégoriques de l'Assemblée générale, qui sont mentionnées dans d'autres parties de la présente opinion.

La déclaration la plus récente de la communauté internationale sur cette question a eu pour cadre la conférence chargée d'examiner le traité sur la non-prolifération, tenue en 1995, laquelle a, sous le titre «Principes et objectifs de la non-prolifération et du désarmement nucléaires» mis l'accent sur «les objectifs finals de l'élimination complète des armes nucléaires et la conclusion d'un traité sur le désarmement général et complet». Cette formule traduit le sentiment unanime de la communauté mondiale et la volonté clairement exprimée de l'ensemble des nations de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour parvenir à l'élimination complète de ces armes.

Le traité sur la non-prolifération, loin de légitimer la possession des armes nucléaires, visait à en assurer la liquidation et, en dernière analyse, l'élimination. Son préambule prescrirait clairement la liquidation de tous les stocks existants et l'élimination des armes en cause des arsenaux natio-

aged was not absolute but subject to an overriding condition — the pursuit in good faith of negotiations on effective measures relating to the cessation of the nuclear arms race at an early date. Inherent in this condition and in the entire treaty was not the acceptance of nuclear weapons, but their condemnation and repudiation. So it was when the NPT entered into force on 5 March 1970 and so it was when the NPT Review and Extension Conference took place in 1995[168].

The NPT Review Conference of 1995 was not new in the universality it embodied or in the strength of the commitment it expressed, but merely a reiteration of the views expressed in the very first resolution of the United Nations in 1945. From the formation of the United Nations to the present day, it would thus be correct to say that there has been a universal commitment to the elimination of nuclear weapons — a commitment which was only a natural consequence of the universal abhorrence of these weapons and their devastating consequences.

2. Overwhelming Majorities in Support of Total Abolition

This view, which cannot be more clearly expressed than it has been in numerous pronouncements of the General Assembly, provides a backdrop to the consideration of the applicable law, which follows.

It is beyond dispute that the preponderant majority of States oppose nuclear weapons and seek their total abandonment.

The very first resolution of the General Assembly, adopted at its Seventeenth Plenary Meeting on 24 January 1946, appointed a Commission whose terms of reference were, *inter alia*, to make specific proposals "for the elimination from national armaments of atomic weapons and of all other major weapons adaptable to mass destruction".

In 1961, at Belgrade, the Non-aligned Heads of State made a clear pronouncement on the need for a global agreement prohibiting all nuclear tests. The non-aligned movement, covering 113 countries from Asia,

---

[168] Article 4 of Decision No. 2 on the Principles and Objectives for Nuclear Non-Proliferation and Disarmament, adopted by that Conference, stipulated as an obligation of States parties, which was inextricably linked to the extension of the treaty, the following goal, *inter alia*:

> "The determined pursuit by the nuclear-weapon States of systematic and progressive efforts to reduce nuclear weapons globally, with the ultimate goals of eliminating those weapons." (Para. 4 *(c)*.)

Also the Conference on Disarmament was to complete the negotiations for a Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty no later than 1996 (para. 4 *(a)*).

naux. La faculté de continuer à posséder des armes nucléaires, pour autant qu'elle fût reconnue par le traité, n'était pas absolue mais subordonnée à la condition que soient poursuivies de bonne foi les négociations sur des mesures efficaces concernant la cessation au plus tôt de la course aux armements nucléaires. Cette condition et le traité tout entier traduisaient l'intention non d'accepter les armes nucléaires mais de les condamner et de les rejeter. Cela était vrai lorsque le traité sur la non-prolifération est entré en vigueur le 5 mars 1970 et l'était encore lorsque s'est tenue en 1995 la conférence chargée d'examiner le traité et la question de sa prorogation[168].

La conférence de 1995 chargée d'examiner le traité sur la non-prolifération n'a rien révélé de nouveau sur l'universalité et la force des engagements qui existent en la matière; elle a simplement confirmé des positions qui ont été exprimées dès la première résolution des Nations Unies en 1945. On peut donc dire que, depuis la naissance des Nations Unies et jusqu'à ce jour, il existe une volonté unanime d'éliminer les armes nucléaires — volonté qui est la conséquence naturelle de l'horreur que ces armes et leurs effets destructeurs inspirent à l'humanité tout entière.

2. Rappel des écrasantes majorités favorables à l'abolition totale

La volonté évoquée ci-dessus, qui ne pourrait s'exprimer plus clairement qu'elle ne le fait dans de nombreuses résolutions et déclarations de l'Assemblée générale, définit la perspective dans laquelle se situe l'examen de la question du droit applicable.

Il n'est pas contestable que l'immense majorité des Etats est opposée aux armes nucléaires et cherche à les faire totalement disparaître.

La toute première résolution de l'Assemblée générale adoptée à la dix-septième séance plénière, le 24 janvier 1946, a constitué une commission qui était notamment chargée de présenter des propositions déterminées en vue «d'éliminer, des armements nationaux, les armes atomiques et toutes autres armes importantes permettant des destructions massives».

En 1961, à Belgrade, les chefs d'Etat et de gouvernement des pays non alignés ont clairement reconnu la nécessité d'élaborer un accord global interdisant tous les essais nucléaires. Le mouvement des pays non alignés,

[168] Au nombre des buts définis par le paragraphe 4 de la décision n° 2 sur les «Principes et objectifs de la non-prolifération et du désarmement nucléaire» adoptée par cette conférence figure le but suivant présenté comme une obligation des Etats parties intrinsèquement liée à la prorogation du traité:

> «La volonté des Etats dotés d'armes nucléaires d'aller systématiquement et progressivement de l'avant afin de réduire les armes nucléaires dans leur ensemble, puis de les éliminer.» (Par. 4 *c)*.)

En outre, la conférence du désarmement a été invitée à conclure les négociations sur un traité d'interdiction totale des essais nucléaires au plus tard en 1996 (par. 4 *a)*).

Africa, Latin America and Europe, comprises within its territories not only the vast bulk of the world's population, but also the bulk of the planet's natural resources and the bulk of its bio-diversity. It has pursued the aim of the abolition of nuclear weapons and consistently supported a stream of resolutions[169] in the General Assembly and other international forums pursuing this objective. The massive majorities of States calling for the Non-Use of Nuclear Weapons can leave little doubt of the overall sentiment of the world community in this regard.

States appearing before the Court have provided the Court with a list of United Nations resolutions and declarations indicating the attitude towards these weapons of the overwhelming majority of that membership. Several of those resolutions do not merely describe the use of nuclear weapons as a violation of international law, but also assert that they are a crime against humanity.

Among these latter are the resolutions on Non-Use of Nuclear Weapons and Prevention of Nuclear War, passed by the General Assembly to this effect in 1978, 1979, 1980 and 1981, were passed with 103, 112, 113 and 121 votes respectively in favour, with 18, 16, 19 and 19 respectively opposing them, and 18, 14, 14 and 6 abstentions respectively. These can fairly be described as massive majorities (see Appendix IV of Malaysian Written Comments).

Resolutions setting the elimination of nuclear weapons as a goal are legion. One State (Malaysia) has, in its Written Comments, listed no less than 49 such resolutions, several of them passed with similar majorities and some with no votes in opposition and only 3 or 4 abstentions. For example, the resolutions on conclusion of effective international arrangements to assure non-nuclear weapon States against the use or threat of use of nuclear weapons of 1986 and 1987 were passed with 149 and 151 votes in favour, none opposed and 4 and 3 abstentions respectively. Such resolutions, adopting a goal of complete elimination, are indicative of a global sentiment that nuclear weapons are inimical to the general interests of the community of nations.

The declarations of the world community's principal representative organ, the General Assembly, may not themselves make law, but when repeated in a stream of resolutions, as often and as definitely as they have been, provide important reinforcement to the view of the impermissibility of the threat or use of such weapons under customary international law. Taken in combination with all the other manifestations of global disapproval of threat or use, the confirmation of the position is strengthened even further. Whether or not some of the General Assembly resolutions are themselves "law making" resolutions is a matter for serious

[169] See footnote 99, above.

qui regroupe cent treize pays d'Asie, d'Afrique, d'Amérique latine et d'Europe comptant sur leurs territoires non seulement la majeure partie de la population mondiale mais aussi l'essentiel des ressources naturelles de la planète et de sa biodiversité, a œuvré en faveur de l'élimination des armes nucléaires et systématiquement appuyé toute une série de résolutions[169] tant au sein de l'Assemblée générale que dans d'autres instances recherchant le même objectif. Le nombre considérable d'Etats qui prônent le non-recours aux armes nucléaires témoigne éloquemment du sentiment unanime de la communauté mondiale à cet égard.

Les Etats qui se sont présentés devant la Cour lui ont fait tenir une liste de résolutions et de déclarations des Nations Unies où est exprimée la position de l'écrasante majorité des Etats Membres à l'égard des armes en question. Plusieurs de ces résolutions qualifient l'emploi des armes nucléaires non seulement de violation du droit international, mais aussi de crime contre l'humanité.

Des résolutions sur le non-recours aux armes nucléaires et la prévention de la guerre nucléaire ont notamment été adoptées en 1978 par 103 voix contre 18, avec 18 abstentions, en 1979 par 112 voix contre 16, avec 14 abstentions, en 1980 par 113 voix contre 19, avec 14 abstentions et en 1981 par 121 voix contre 19, avec 6 abstentions. On peut vraiment qualifier ces majorités d'écrasantes (voir l'appendice IV aux observations écrites de la Malaisie).

Les résolutions qui présentent l'élimination des armes nucléaires comme le but à atteindre sont très nombreuses. Un Etat (la Malaisie) en a, dans ses observations écrites, dénombré quarante-neuf, dont plusieurs ont été adoptées à des majorités comparables et certaines sans aucune opposition, avec seulement trois ou quatre abstentions. C'est ainsi que les résolutions de 1986 et de 1987 sur la conclusion d'arrangements internationaux efficaces pour garantir les Etats non dotés d'armes nucléaires contre l'emploi ou la menace d'armes nucléaires ont été adoptées, la première par 149 voix contre zéro, avec 4 abstentions, et la deuxième par 151 voix contre zéro, avec 3 abstentions. Ces résolutions où l'élimination complète des armes nucléaires est présentée comme le but à atteindre témoignent d'un sentiment unanime qui voit dans les armes nucléaires un danger pour les intérêts généraux de la communauté des nations.

Les déclarations de l'Assemblée générale, organe représentatif principal de la communauté internationale, n'ont peut-être pas, en elles-mêmes, valeur de norme de droit mais lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, elles sont réitérées si souvent et en termes catégoriques elles confortent sensiblement la thèse de l'illicéité de la menace d'emploi ou l'emploi des armes nucléaires au regard du droit international coutumier. Si l'on prend en outre en compte d'autres manifestations d'hostilité à l'emploi ou à la menace d'emploi de ces armes, la thèse gagne encore en autorité. Quant à savoir si certaines des résolutions de l'Assemblée générale ont,

[169] Voir ci-dessus la note 99.

consideration, with not inconsiderable scholarly support for such a view[170].

Although the prime thrust for these resolutions came from the non-aligned group, there has been supportive opinion for the view of illegality from States outside this group. Among such States contending for illegality before this Court are Sweden, San Marino, Australia and New Zealand. Moreover, even in countries not asserting the illegality of nuclear weapons, opinion is strongly divided. For example, we were referred to a resolution passed by the Italian Senate, on 13 July 1995, recommending to the Italian Government that they assume a position favouring a judgment by this Court condemning the use of nuclear weapons.

It is to be remembered also that, of the 185 Member States of the United Nations, only five have nuclear weapons and have announced policies based upon them. From the standpoint of the creation of international custom, the practice and policies of five States out of 185 seem to be an insufficient basis on which to assert the creation of custom, whatever be the global influence of those five. As was stated by Malaysia:

> "If the laws of humanity and the dictates of the public conscience demand the prohibition of such weapons, the five nuclear-weapon States, however powerful, cannot stand against them." (CR 95/27, p. 56.)

In the face of such a preponderant majority of States' opinions, it is difficult to say there is no *opinio juris* against the use or threat of use of nuclear weapons. Certainly it is impossible to contend that there is an *opinio juris* in favour of the legality of such use or threat.

3. World Public Opinion

Added to all these official views, there is also a vast preponderance of public opinion across the globe. Strong protests against nuclear weapons have come from learned societies, professional groups, religious denominations, women's organizations, political parties, student federations, trade unions, NGOs and practically every group in which public opinion is expressed. Hundreds of such groups exist across the world. The names that follow are merely illustrative of the broad spread of such organizations: International Physicians for the Prevention of Nuclear War (IPPNW); Medical Campaign Against Nuclear Weapons; Scientists Against Nuclear Arms; People for Nuclear Disarmament; International Association of Lawyers against Nuclear Arms (IALANA); Performers

[170] For example, Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., 1990, p. 14, *re* resolution 1653 (XVI) of 1961, which described the use of nuclear and thermonuclear weapons as such a "law-making resolution".

en elles-mêmes, valeur de norme de droit, c'est une question qu'il convient d'examiner avec attention, sans oublier qu'une partie non négligeable de la doctrine y répond affirmativement [170].

Bien que ces résolutions aient été principalement parrainées par le groupe des pays non alignés, la thèse de l'illicéité a également reçu l'appui de pays extérieurs à ce groupe. Elle a notamment été défendue devant la Cour par la Suède, Saint-Marin, l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Même au sein des pays qui n'y souscrivent pas, l'opinion est profondément divisée. Notre attention a par exemple été appelée sur une résolution du Sénat italien en date du 13 juillet 1995 recommandant au gouvernement de se prononcer en faveur d'une condamnation par la Cour de l'emploi des armes nucléaires.

Il convient de rappeler que sur les cent quatre-vingt-cinq Etats Membres des Nations Unies, il n'y en a que cinq qui disposent d'armes nucléaires et ont défini des politiques où ces armes jouent un rôle. Du point de vue de la création de la coutume internationale, la pratique et la politique de cinq Etats sur cent quatre-vingt-cinq ne semblent pas constituer une base suffisante pour la naissance d'une coutume, quelle que puisse être l'influence exercée dans le monde par ces cinq Etats. Comme l'a souligné la Malaisie:

> «Si les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique requièrent l'interdiction de ces armes, les cinq Etats dotés d'armes nucléaires, si puissants soient-ils, ne peuvent que s'incliner.» (CR 95/27, p. 56.)

Devant une telle convergence d'opinions au niveau étatique, il est difficile de nier l'existence d'une *opinio juris* contre l'emploi ou la menace d'emploi des armes nucléaires et il est tout à fait impossible de conclure à l'existence d'une *opinio juris* en faveur de la licéité de tel comportement.

3. L'opinion publique mondiale

A côté des positions officielles, il faut mentionner une opinion publique mondiale massivement orientée dans le même sens. Des protestations énergiques contre les armes nucléaires ont été émises par des sociétés savantes, des associations de spécialistes et de membres des professions libérales, des confessions religieuses, des organisations féminines, des partis politiques, des fédérations d'étudiants, des syndicats, des organisations non gouvernementales et la quasi-totalité des groupements au sein desquels s'exprime une opinion collective. Des centaines de groupements de ce type existent à travers le monde. Je ne citerai que quelques-uns d'entre eux pour donner une idée de leur diversité: Association internationale des médecins pour la prévention de la guerre nucléaire (IPPNW); Cam-

[170] Par exemple Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4e éd., 1990, p. 14, qui décrit la résolution 1653 (XVI) de 1961 sur les armes nucléaires et thermonucléaires comme une «résolution normative».

and Artists for Nuclear Disarmament International; Social Scientists Against Nuclear War; Society for a Nuclear Free Future; European Federation against Nuclear Arms; The Nuclear Age Peace Foundation; Campaign for Nuclear Disarmament; Children's Campaign for Nuclear Disarmament. They come from all countries, cover all walks of life, and straddle the globe.

The millions of signatures received in this Court have been referred to at the very commencement of this opinion.

4. Current Prohibitions

A major area of space on the surface of the planet and the totality of the space above that surface, and of the space below the ocean surface, has been brought into the domain of legal prohibition of the very presence of nuclear weapons. Among treaties accomplishing this result are the 1959 Antarctic Treaty, the 1967 Treaty of Tlatelolco in respect of Latin America and the Caribbean, the 1985 Treaty of Rarotonga in regard to the South Pacific, and the 1996 Treaty of Cairo in regard to Africa. In addition, there is the Treaty prohibiting nuclear weapons in the atmosphere and outer space, and the 1971 Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Seabed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof (see CR 95/22, p. 50). The major portion of the total area of the space afforded for human activity by the planet is thus declared free of nuclear weapons — a result which would not have been achieved but for universal agreement on the uncontrollable danger of these weapons and the need to eliminate them totally.

5. Partial Bans

The notion of partial bans and reductions in the levels of nuclear arms could not, likewise, have achieved their current results but for the existence of such a globally shared sentiment. Important among these measures are the Partial Test Ban Treaty of 1963 prohibiting the testing of nuclear weapons in the atmosphere, and the Nuclear Non-Proliferation Treaty of 1968. These treaties not only prohibited even the testing of nuclear weapons in certain circumstances, but also provided against the horizontal proliferation of nuclear weapons by imposing certain legal duties upon both nuclear and non-nuclear States. The Comprehensive Test Ban Treaty, now in the course of negotiation, aims at the elimina-

pagne médicale contre les armes nucléaires; Association de savants opposés aux armes nucléaires; Partisans du désarmement nucléaire; Association internationale des juristes opposés aux armes nucléaires (IALANA); Association internationale des artistes et interprètes favorables au désarmement nucléaire; Association des spécialistes des sciences sociales opposés à la guerre nucléaire; Société des partisans d'un avenir exempt d'armes nucléaires; Fédération européenne des opposants aux armes nucléaires; Fondation pour la paix à l'ère nucléaire; Campagne en faveur du désarmement nucléaire; Campagne de l'enfance pour le désarmement nucléaire. On trouve de tels groupements dans tous les pays et dans tous les secteurs d'activité et leurs ramifications s'étendent au monde entier.

J'ai déjà mentionné, au début de la présente opinion, les millions de signatures qui sont parvenues à la Cour.

4. Interdictions existantes

Une grande partie de la surface de la Terre ainsi que la totalité de l'espace situé au-dessus de l'écorce terrestre et au-dessous de la surface des mers et des océans sont désormais soumises à un régime juridique qui interdit jusqu'à la présence d'armes nucléaires. Parmi les traités qui ont conduit à ce résultat figurent le traité de 1959 sur l'Antarctique, le traité de Tlatelolco de 1967 concernant l'Amérique latine et les Caraïbes, le traité de Rarotonga de 1985 relatif au Pacifique Sud et le traité du Caire de 1996 concernant l'Afrique. A ces instruments s'ajoutent le traité interdisant les armes nucléaires dans l'atmosphère et l'espace extra-atmosphérique et le traité de 1971 interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol (voir CR 95/22, p. 50). La majeure partie de l'espace où l'activité humaine peut se déployer à la surface de la planète est donc proclamée zone dénucléarisée — résultat qui n'aurait pu être atteint s'il n'y avait pas un accord universel sur le danger résultant des effets incontrôlables de ces armes et sur la nécessité de les éliminer totalement.

5. Interdictions partielles

C'est le même accord universel qui explique les résultats obtenus en matière d'interdictions partielles et de réduction du niveau des armements nucléaires. Le traité d'interdiction partielle des essais nucléaires de 1963 qui a interdit les essais nucléaires dans l'atmosphère et le traité sur la non-prolifération nucléaire de 1968 sont particulièrement importants dans ce domaine. Ces traités interdisent non seulement les essais d'armes nucléaires dans certaines circonstances, mais contiennent aussi des dispositions visant à empêcher la prolifération horizontale des armes nucléaires en imposant certaines obligations juridiques tant aux Etats dotés d'armes nucléaires qu'aux Etats non dotés d'armes nucléaires. Le traité

tion of all testing. The START agreements (START I and START II) aim at considerable reductions in the nuclear arsenals of the United States and the Russian Federation reducing their individual stockpiles by around 2,000 weapons annually.

6. Who Are the States Most Specially Concerned?

If the nuclear States are the States most affected, their contrary view is an important factor to be taken into account, even though numerically they constitute a small proportion (around 2.7 per cent) of the United Nations membership of 185 States.

This aspect of their being the States most particularly affected has been stressed by the nuclear powers.

One should not however rush to the assumption that in regard to nuclear weapons the nuclear States are necessarily the States most concerned. The nuclear States possess the weapons, but it would be unrealistic to omit a consideration of those who would be affected once nuclear weapons are used. They would also be among the States most concerned, for their territories and populations would be exposed to the risk of harm from nuclear weapons no less than those of the nuclear powers, if ever nuclear weapons were used. This point was indeed made by Egypt in its presentation (CR 95/23, p. 40).

For probing the validity of the proposition that the nuclear States are the States most particularly affected, it would be useful to take the case of nuclear testing. Suppose a metropolitan power were to conduct a nuclear test in a distant colony, but with controls so unsatisfactory that there was admittedly a leakage of radioactive material. If the countries affected were to protest, on the basis of the illegality of such testing, it would be strange indeed if the metropolitan power attempted to argue that because it was the owner of the weapon, it was the State most affected. Manifestly, the States at the receiving end were those most affected. The position can scarcely be different in actual warfare, seeing that the radiation from a weapon exploding above ground cannot be contained within the target State. It would be quite legitimate for the neighbouring States to argue that they, rather than the owner of the bomb, are the States most affected.

This contention would stand, quite independently of the protests of the State upon whose territory the weapon is actually exploded. The relevance of this latter point is manifest when one considers that of the dozens of wars that have occurred since 1945, scarcely any have been fought on the soil of any of the nuclear powers. This is a relevant circumstance to be considered when the question of States most concerned is examined.

A balanced view of the matter is that no one group of nations — nuclear or non-nuclear — can say that its interests are most specially

général d'interdiction des essais qui est en cours de négociations tend à éliminer tous les essais. Les accords START (START I et START II) visent à procéder à des réductions considérables — portant sur environ deux mille engins par an — dans les arsenaux nucléaires des Etats-Unis d'Amérique et de la Fédération de Russie.

6. Quels sont les Etats spécialement concernés?

Si ce sont les Etats dotés d'armes nucléaires qui sont les plus concernés, leur position hostile à l'illicéité revêt une importance particulière, même s'ils ne représentent qu'une petite fraction (2,7 % environ) du nombre total (cent quatre-vingt-cinq) des Etats Membres des Nations Unies.

De fait, les Etats dotés d'armes nucléaires ont prétendu être les Etats plus spécialement concernés.

S'agissant des armes nucléaires toutefois, il faut se garder de conclure hâtivement que ces Etats sont les plus concernés. Sans doute les Etats dotés d'armes nucléaires possèdent-ils les armes mais il faut, pour être réaliste, prendre en considération les pays qui seraient touchés par l'emploi de ces armes. Eux aussi doivent être rangés au nombre des Etats les plus concernés car, en cas d'emploi des armes nucléaires, leur territoire et leurs habitants seraient tout aussi exposés au risque de dommages nucléaires que ceux des pays dotés d'armes nucléaires. Ce point a d'ailleurs été souligné par l'Egypte dans son exposé (CR 95/23, p. 40).

Pour apprécier la valeur de l'argument suivant lequel les Etats dotés d'armes nucléaires sont les Etats les plus spécialement concernés, il serait utile d'examiner la question des essais nucléaires. Supposons qu'une puissance métropolitaine procède à des essais nucléaires dans une colonie lointaine, mais en s'entourant de précautions si insuffisantes que des fuites de matières radioactives se produisent. Si les pays victimes de ces fuites élevaient une protestation fondée sur l'illicéité des essais, la puissance métropolitaine serait malvenue à prétendre qu'étant propriétaire de l'arme elle est l'Etat le plus concerné. Les Etats victimes seraient de toute évidence les Etats les plus touchés. Il en serait de même dans le contexte d'une guerre puisque les rayonnements émis par une bombe explosant dans l'atmosphère ne pourraient être contenus dans les limites de l'Etat visé. Les Etats voisins pourraient très légitimement, et plus légitimement que l'Etat propriétaire de la bombe, prétendre être les Etats les plus concernés.

Et il faudrait aussi compter avec les protestations de l'Etat sur le territoire duquel l'explosion aurait eu lieu. Ce point mérite d'être souligné étant donné que, sur les dizaines de guerres que le monde a connues depuis 1945, pratiquement aucune ne s'est déroulée sur le sol de l'une quelconque des puissances dotées d'armes nucléaires. C'est là un fait à garder en mémoire lorsqu'on cherche à déterminer quels sont les Etats les plus concernés.

Il serait plus juste de dire qu'aucun groupe de nations — qu'il soit ou non doté d'armes nucléaires — ne peut soutenir que ce sont ses intérêts

affected. Every nation in the world is specially affected by nuclear weapons, for when matters of survival are involved, this is a matter of universal concern.

7. Have States, by Participating in Regional Treaties, Recognized Nuclear Weapons as Lawful?

The United States, the United Kingdom and France have in their written statements taken up the position that by signing a regional treaty such as the Treaty of Tlatelolco prohibiting the use of nuclear weapons in Latin America and the Caribbean, the signatories indicated by implication that there is no general prohibition on the use of nuclear weapons.

The signatories to such treaties are attempting to establish and strengthen a non-proliferation régime in their regions, not because they themselves do not accept the general illegality of nuclear weapons, but because the pro-nuclear States do not.

The position of the regional States is made quite clear by the stance they have adopted in the numerous General Assembly resolutions wherein several of them, for example, Costa Rica, have voted on the basis that the use of nuclear weapons is a crime against humanity, a violation of the United Nations Charter and/or a violation of international law.

Indeed, the language of the Treaty itself gives a clear indication of the attitude of its subscribing parties to the weapon, for it describes it as constituting "an attack on the integrity of the human species", and states that it "ultimately may even render the whole earth uninhabitable".

VII. Some Special Aspects

1. The Non-Proliferation Treaty

An argument has been made that the NPT, by implication, recognizes the legality of nuclear weapons, for all participating States accept without objection the possession of nuclear weapons by the nuclear powers. This argument raises numerous questions, among which are the following:

(i) As already observed, the NPT has no bearing on the question of *use* or *threat of use* of nuclear weapons. Nowhere is the power given to use weapons, or to threaten their use.

(ii) The Treaty was dealing with what may be described as a "winding-down situation". The reality was being faced by the world community that a vast number of nuclear weapons were in existence and that they might proliferate. The immediate object of the world community was to wind down this stockpile of weapons.

qui sont le plus spécialement en cause. Toutes les nations du monde sont spécialement concernées par les armes nucléaires car ce sont des problèmes de survie qui sont en jeu et la survie est une préoccupation universelle.

7. Les Etats ont-ils, en devenant parties à des traités régionaux, reconnu la licéité des armes nucléaires?

Les Etats-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni et la France ont, dans leurs exposés écrits, soutenu qu'en signant un traité régional comme le traité de Tlatelolco qui a interdit l'emploi des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes, les Etats signataires ont implicitement reconnu qu'il n'y a pas d'interdiction générale de l'emploi des armes nucléaires.

Si les Etats signataires d'un tel traité s'emploient à établir et à consolider un régime de non-prolifération dans leurs régions respectives, ce n'est pas parce qu'ils ne reconnaissent pas l'illicéité générale des armes nucléaires, mais parce que les Etats pronucléaires ne l'admettent pas.

La position des Etats de la région ressort très clairement du vote qu'ils ont émis lors de l'adoption de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale, plusieurs d'entre eux, par exemple le Costa Rica, appuyant des textes qui qualifient l'emploi des armes nucléaires de crime contre l'humanité, de violation de la Charte des Nations Unies et/ou de violation du droit international.

Le traité lui-même est très révélateur de l'attitude des Etats parties vis-à-vis de l'arme puisqu'il y voit «une atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine» et lui reconnaît le pouvoir «de rendre finalement toute la Terre inhabitable».

VII. Quelques aspects particuliers

1. Le traité sur la non-prolifération

On a soutenu que le traité sur la non-prolifération admet implicitement la licéité des armes nucléaires puisque tous les Etats parties acceptent sans objection que les puissances dotées d'armes nucléaires puissent posséder de telles armes. Comme on va le voir, cet argument est très contestable:

i) Ainsi qu'il a déjà été souligné, le traité sur la non-prolifération ne porte pas sur la question de l'*emploi* ou de la *menace d'emploi* des armes nucléaires. Aucune de ses dispositions ne reconnaît un droit d'utiliser ces armes ou de menacer d'y avoir recours.

ii) Le traité a été conclu dans le contexte de ce qu'on pourrait appeler une «situation de liquidation». La communauté mondiale devait compter avec l'existence d'une multiplicité d'armes nucléaires et avec le risque de prolifération de ces armes. Son objectif immédiat était de liquider les stocks existants.

As was stressed to the Court by some States in their submissions, the Treaty was worked out against the background of the reality that, whether or not the world community approved of this situation, there were a small number of nuclear States and a vast number of non-nuclear States. The realities were that the nuclear States would not give up their weapons, that proliferation was a grave danger and that everything possible should be done to prevent proliferation, recognizing at the same time the common ultimate goal of the elimination of nuclear weapons.

(iii) As already observed, an acceptance of the inevitability of a situation is not a consent to that situation, for accepting the existence of an undesirable situation one is powerless to prevent is very different to consenting to that situation.

(iv) In this winding-down situation, there can be no hint that the right to possess meant also the right of use or threat of use. If there was a right of possession, it was a temporary and qualified right until such time as the stockpile could be wound down.

(v) The preamble to the Treaty makes it patently clear that its object is:

> "the cessation of the manufacture of nuclear weapons, the liquidation of all existing . . . stockpiles, and the elimination from national arsenals of nuclear weapons and the means of their delivery".

That Preamble, which, it should be noted, represents the unanimous view of all parties, nuclear as well as non-nuclear, describes the use of nuclear weapons in war as a "the devastation that would be visited upon all mankind".

These are clear indications that, far from acknowledging the legitimacy of nuclear weapons, the Treaty was in fact a concentrated attempt by the world community to whittle down such possessions as there already were, with a view to their complete elimination. Such a unanimous recognition of and concerted action towards the elimination of a weapon is quite inconsistent with a belief on the part of the world community of the legitimacy of the continued presence of the weapon in the arsenals of the nuclear powers.

(vi) Even if possession be legitimized by the Treaty, that legitimation is temporary and goes no further than possession. The scope and the language of the Treaty make it plain that it was a temporary state of possession *simpliciter* and nothing more to which they, the signatories, gave their assent — an assent given in exchange for the promise that the nuclear powers would make their utmost efforts to eliminate those weapons which *all* signatories considered so objection-

Comme certains Etats l'ont fait valoir devant la Cour dans leurs exposés, il est de fait qu'au moment où le traité a été élaboré la communauté mondiale — qu'elle soit ou non favorable à une telle situation — comptait un petit nombre d'Etats dotés d'armes nucléaires et un grand nombre d'Etats non dotés d'armes nucléaires. La réalité était que les Etats dotés d'armes nucléaires n'étaient pas disposés à renoncer aux armes en question, que la prolifération était sérieusement à redouter et que tout devait être fait pour l'enrayer sans pour autant perdre de vue que le but ultime était d'éliminer les armes nucléaires.

iii) Comme on l'a déjà souligné, s'incliner devant une réalité inéluctable n'équivaut pas à l'accepter, pas plus qu'accepter une situation fâcheuse dont on n'est pas maître n'équivaut à y consentir.

iv) Dans la situation de liquidation évoquée plus haut, rien ne permet de penser que, dans l'intention des rédacteurs du traité, le droit de posséder l'arme était censé englober celui de l'utiliser ou de menacer de l'utiliser. Le droit à la possession de l'arme, à supposer qu'il avait alors existé, était un droit temporaire et conditionnel destiné à disparaître une fois les stocks complètement éliminés.

v) Dans son préambule, le traité indique clairement qu'il a pour objectif:

> «la cessation de la fabrication d'armes nucléaires, la liquidation de tous les stocks existants desdites armes, et l'élimination des armes nucléaires et de leurs vecteurs des arsenaux nationaux...»

Ce préambule qui, il convient de le noter, constitue l'expression de l'opinion unanime de tous les Etats parties, dotés ou non dotés d'armes nucléaires, décrit l'utilisation à la guerre des armes nucléaires comme étant de nature à faire subir des dévastations «à l'humanité entière».

Tout cela indique bien que, loin de reconnaître la licéité des armes nucléaires, le traité traduisait en fait un effort concerté de la communauté internationale pour réduire progressivement les stocks existants et parvenir finalement à leur élimination complète. Une telle unanimité quant à la nécessité d'éliminer les armes nucléaires et de conjuguer les efforts à cette fin contredit l'idée d'une reconnaissance, par la communauté mondiale, de la licéité du maintien de l'arme dans les arsenaux des puissances dotées d'armes nucléaires.

vi) En admettant même que la possession de l'arme soit légitimée par le traité, il ne peut s'agir de rien d'autre que de la possession et, par surcroît, d'une légitimation temporaire. C'est à cela tout au plus, vu l'objet et les termes du traité, que les signataires ont consenti — et, ce, en échange de la promesse que les puissances dotées d'armes nucléaires ne ménageraient aucun effort pour éliminer ces armes, dont *tous* les signataires ont reconnu qu'elles étaient si inacceptables

able that they must be eliminated. There was here no recognition of a *right*, but only of a *fact*. The legality of that fact was not conceded, for else there was no need to demand a *quid pro quo* for it — the *bona fide* attempt by all nuclear powers to make every effort to eliminate these weapons, whose objectionability was the basic premise on which the entire Treaty proceeded.

2. Deterrence

Deterrence has been touched upon in this opinion in the context of the NPT. Yet, other aspects also merit attention, as deterrence bears upon the threat of use, which is one of the matters on which the Court's opinion is sought.

(i) *Meaning of deterrence*

Deterrence means in essence that the party resorting to deterrence is intimating to the rest of the world that it means to *use* nuclear power against any State in the event of the first State being attacked. The concept calls for some further examination.

(ii) *Deterrence — from what?*

Deterrence as used in the context of nuclear weapons is deterrence from an act of *war* — not deterrence from *actions which one opposes*[171].

One of the dangers of the possession of nuclear weapons for purposes of deterrence is the blurring of this distinction and the use of the power the nuclear weapon gives for purposes of deterring unwelcome actions on the part of another State. The argument of course applies to all kinds of armaments, but *a fortiori* to nuclear weapons. As Polanyi observes, the aspect of deterrence that is most feared is the temptation to extend it beyond the restricted aim of deterring war to deterring unwelcome actions[172].

It has been suggested, for example, that deterrence can be used for the protection of a nation's "vital interests". What are vital interests, and who defines them? Could they be merely commercial interests? Could they be commercial interests situated in another country, or a different area of the globe?

Another phrase used in this context is the defence of "strategic interests". Some submissions adverted to the so-called "sub-strategic deterrence", effected through the use of a low-yield "warning shot" when a nation's vital interests are threatened (see, for example, Malaysia's sub-

[171] John Polanyi, *Lawyers and the Nuclear Debate, op. cit.*, p. 19.
[172] *Ibid.*

qu'elles devaient être éliminées. Il n'y a pas eu là reconnaissance d'un *droit* mais reconnaissance d'un *fait* dont la licéité n'a pas été admise car, si elle l'avait été, on n'aurait pas exigé de toutes les puissances dotées d'armes nucléaires qu'elles s'emploient de bonne foi par tous les moyens à éliminer ces armes, dont le caractère inacceptable est le principe de base qui a inspiré le traité tout entier.

2. Dissuasion

J'ai évoqué brièvement la question de la dissuasion à propos du traité sur la non-prolifération. Mais il y a lieu de l'aborder sous d'autres aspects car la dissuasion touche à la menace d'emploi des armes nucléaires — l'un des points sur lesquels l'avis de la Cour a été sollicité.

i) *Qu'entend-on par dissuasion?*

On peut dire, essentiellement, que l'Etat qui recourt à la dissuasion avertit le reste du monde de son intention d'*utiliser* l'arme nucléaire contre n'importe quel Etat dans l'hypothèse où il ferait l'objet d'une agression. Le concept doit être examiné plus en détail.

ii) *La dissuasion — contre quel acte est-elle dirigée?*

Il y a dissuasion, au sens que revêt ce terme dans le contexte des armes nucléaires, lorsqu'un Etat cherche à en dissuader un autre de commettre un acte de *guerre* — non d'adopter *un comportement qu'il réprouve*[171].

Ce qui est à craindre, dès lors qu'un Etat possède des armes nucléaires à des fins de dissuasion, c'est que cette distinction soit perdue de vue et que la puissance que confère l'arme nucléaire soit utilisée pour décourager un autre Etat d'adopter un comportement jugé indésirable. L'argument vaut naturellement pour tous les types d'armement, mais s'applique à fortiori aux armes nucléaires. Comme le souligne Polanyi, la dissuasion a cette caractéristique particulièrement inquiétante qu'on peut, au lieu de la cantonner à son objectif propre — prévenir le recours à la guerre —, en faire un moyen d'empêcher les comportements auxquels on est opposé[172].

L'idée a été émise, par exemple, que la dissuasion peut servir à protéger les «intérêts vitaux». En quoi consistent les intérêts vitaux et qui les définit? Peut-il s'agir d'intérêts strictement commerciaux? Et ces intérêts commerciaux peuvent-ils se situer dans un Etat voisin ou sur un autre continent?

On évoque également dans ce contexte la défense des «intérêts stratégiques». Certains exposés se réfèrent aussi à la dissuasion dite «infrastratégique» consistant pour une nation à donner un «coup de semonce» de faible puissance lorsque ses intérêts vitaux sont menacés (voir par

[171] John Polanyi, *Lawyers and the Nuclear Debate, op. cit.*, p. 19.
[172] *Ibid.*

mission in CR 95/27, p. 53). This opinion will not deal with such types of deterrence, but rather with deterrence in the sense of self-defence against an act of war.

(iii) *The degrees of deterrence*

Deterrence can be of various degrees, ranging from the concept of maximum deterrence, to what is described as a minimum or near-minimum deterrent strategy[173]. Minimum nuclear deterrence has been described as:

> "nuclear strategy in which a nation (or nations) maintains the minimum number of nuclear weapons necessary to inflict unacceptable damage on its adversary even after it has suffered a nuclear attack"[174].

The deterrence principle rests on the threat of *massive* retaliation, and as Professor Brownlie has observed:

> "If put into practice this principle would lead to a lack of proportion between the actual threat and the reaction to it. Such disproportionate reaction does not constitute self-defence as permitted by Article 51 of the United Nations Charter."[175]

In the words of the same author, "the prime object of deterrent nuclear weapons is ruthless and unpleasant retaliation — they are instruments of terror rather than weapons of war"[176].

Since the question posed is whether the use of nuclear weapons is legitimate in *any* circumstances, minimum deterrence must be considered.

(iv) *Minimum deterrence*

One of the problems with deterrence, even of a minimal character, is that actions perceived by one side as defensive can all too easily be perceived by the other side as threatening. Such a situation is the classic backdrop to the traditional arms race, whatever be the type of weapons involved. With nuclear arms it triggers off a nuclear arms race, thus raising a variety of legal concerns. Even minimum deterrence thus leads to counter-deterrence, and to an ever ascending spiral of nuclear armament testing and tension. If, therefore, there are legal objections to deterrence, those objections are not removed by that deterrence being minimal.

---

[173] R. C. Karp (ed.), *Security Without Nuclear Weapons? Different Perspectives on Non-Nuclear Security*, 1992, p. 251.

[174] *Ibid.*, p. 250, citing Hollins, Powers and Sommer, *The Conquest of War: Alternative Strategies for Global Security*, 1989, pp. 54-55.

[175] "Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons", *op. cit.*, pp. 446-447.

[176] *Ibid.*, p. 445.

exemple l'exposé de la Malaisie, CR 95/27, p. 53). La présente opinion n'aborde pas ces formes de dissuasion et ne traite que de la dissuasion utilisée à des fins de légitime défense en riposte à un acte de guerre.

iii) *Les degrés de la dissuasion*

La dissuasion peut se situer à divers niveaux allant de la dissuasion maximale à une stratégie de dissuasion minimale ou quasi minimale[173]. La dissuasion nucléaire minimale a été décrite comme étant:

> «une stratégie nucléaire consistant pour une ou plusieurs nations à maintenir le nombre minimum d'armes nucléaires nécessaire pour faire subir à l'adversaire des dommages inacceptables dans la phase postérieure à celle d'une attaque nucléaire»[174].

Le principe de dissuasion repose sur la menace de représailles *massives* et, comme l'a dit le professeur Brownlie:

> «La mise en œuvre de ce principe conduirait à une disproportion entre la menace effective et la riposte. Une réaction disproportionnée ne répond pas à la définition de la légitime défense autorisée par l'Article 51 de la Charte des Nations Unies.»[175]

Pour citer le même auteur «les armes nucléaires dissuasives ont la détestable fonction d'infliger des représailles implacables — ce sont des instruments de terreur plutôt que des armes de guerre»[176].

Pour déterminer, comme la question posée invite à le faire, si l'utilisation des armes nucléaires est licite en *toute* circonstance, on doit s'interroger sur la dissuasion minimale.

iv) *La dissuasion minimale*

La dissuasion, même minimale, a ceci d'inquiétant qu'un acte considéré comme défensif par l'une des parties peut fort bien être perçu par l'autre comme une menace. Telle est l'explication classique de la course aux armements telle que nous la connaissons et elle vaut pour tous les types d'armes. Dans le cas des armes nucléaires, c'est une course aux armements nucléaires qui est déclenchée, suscitant toute une série de problèmes juridiques. Par conséquent, même à son niveau minimal, la dissuasion entraîne une contre-dissuasion et amorce une spirale sans fin d'essais nucléaires et de tensions, la conclusion étant que les objections juridiques à la dissuasion s'appliquent aussi à la dissuasion minimale.

---

[173] R. C. Karp (dir. publ.), *Security Without Nuclear Weapons? Different Perspectives on Non-Nuclear Security*, 1992, p. 251.

[174] *Ibid.*, p. 250. L'auteur cite Hollins, Powers and Sommer, *The Conquest of War: Alternative Strategies for Global Security*, 1989, p. 54-55.

[175] «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», *op. cit.*, p. 446-447.

[176] *Ibid.*, p. 445.

(v) *The problem of credibility*

Deterrence needs to carry the conviction to other parties that there is a real intention to use those weapons in the event of an attack by that other party. A game of bluff does not convey that intention, for it is difficult to persuade another of one's intention unless one really has that intention. Deterrence thus consists in a real intention[177] to use such weapons. If deterrence is to operate, it leaves the world of make-believe and enters the field of seriously intended military threats.

Deterrence therefore raises the question not merely whether the threat of use of such weapons is legal, but also whether *use* is legal. Since what is necessary for deterrence is assured destruction of the enemy, deterrence thus comes within the ambit of that which goes beyond the purposes of war. Moreover, in the split second response to an armed attack, the finely graded use of appropriate strategic nuclear missiles or "clean" weapons which cause minimal damage does not seem a credible possibility.

(vi) *Deterrence distinguished from possession*

The concept of deterrence goes a step further than mere possession. Deterrence is more than the mere accumulation of weapons in a storehouse. It means the possession of weapons in a state of readiness for actual use. This means the linkage of weapons ready for immediate take-off, with a command and control system geared for immediate action. It means that weapons are attached to delivery vehicles. It means that personnel are ready night and day to render them operational at a moment's notice. There is clearly a vast difference between weapons stocked in a warehouse and weapons so readied for immediate action. Mere possession and deterrence are thus concepts which are clearly distinguishable from each other.

(vii) *The legal problem of intention*

For reasons already outlined, deterrence becomes not the storage of weapons with intent to terrify, but a stockpiling with *intent to use*. If one intends to use them, all the consequences arise which attach to *intention* in law, whether domestic or international. One *intends* to cause the damage or devastation that will result. The intention to cause damage or devastation which results in total destruction of one's enemy or which might indeed wipe it out completely clearly goes beyond the purposes of

[177] For further discussion of the concept of intention in this context, see *Just War, Non-violence and Nuclear Deterrence*, D. L. Cady and R. Werner (eds.), 1991, pp. 193-205.

v) *Le problème de la crédibilité*

La dissuasion n'est efficace que si les autres parties sont convaincues qu'il existe une réelle intention d'utiliser les armes contre elles au cas où elles lanceraient une attaque. Une telle intention ne se communique pas par un simple bluff car il est difficile de faire admettre la réalité d'intentions qui ne le sont pas. La dissuasion requiert donc une authentique intention[177]; d'utiliser les armes considérées. Elle n'atteint son but que si elle quitte le monde des faux-semblants pour entrer dans le domaine de la menace militaire sérieuse.

La dissuasion soulève donc la question de savoir non seulement si la menace d'emploi des armes en question est licite mais aussi celle de savoir si leur *emploi* est licite. Comme elle a pour prémisse la destruction assurée de l'ennemi, elle va au-delà de ce qui est requis pour atteindre les objectifs de la guerre. Au surplus, on ne peut guère s'attendre qu'il y ait place, dans le cadre d'une riposte quasi instantanée à une attaque armée, pour des choix subtils privilégiant les missiles nucléaires stratégiques appropriés et les armes «propres» qui causent un minimum de dommages.

vi) *La différence entre dissuasion et possession*

La dissuasion va plus loin que la possession. Elle ne se réduit pas au simple stockage d'armes dans un arsenal. Elle signifie que les armes sont prêtes à être effectivement utilisées, qu'elles sont assemblées en vue d'un emploi immédiat, que les systèmes de commandement et de contrôle sont programmés en conséquence, que les armes sont fixées sur les vecteurs, que le personnel est prêt nuit et jour à entrer en action quasi instantanément. Il y a manifestement une très grande différence entre des armes stockées dans un entrepôt et des armes prêtes à servir. La simple possession et la dissuasion se différencient donc nettement l'une de l'autre.

vii) *Le problème juridique de l'intention*

Pour les raisons déjà esquissées, le recours à la dissuasion ne consiste pas à stocker des armes pour susciter la terreur mais à stocker des armes avec l'*intention de les utiliser*. Si cette intention existe, elle emporte toutes les conséquences que le droit, tant interne qu'international, attache à l'*intention*. Il y a *intention* de causer des dommages ou des ravages corrélatifs. L'intention de causer les dommages ou des dévastations qui laissent l'ennemi totalement anéanti ou le raye purement et simplement de la

[177] Pour une analyse plus approfondie de la notion d'intention dans ce contexte, voir *Just War, Nonviolence and Nuclear Deterrence*, D. L. Cady et R. Werner (dir. publ.), 1991, p. 193-205.

war[178]. Such intention provides the mental element implicit in the concept of a threat.

However, a secretly harboured intention to commit a wrongful or criminal act does not attract legal consequences, unless and until that intention is followed through by corresponding conduct. Hence such a secretly harboured intention may not be an offence. If, however, the intention is announced, whether directly or by implication, it then becomes the criminal act of threatening to commit the illegal act in question.

Deterrence is by definition the very opposite of a secretly harboured intention to use nuclear weapons. Deterrence is not deterrence if there is no communication, whether by words or implication, of the serious intention to *use* nuclear weapons. It is therefore nothing short of a *threat* to use. If an act is wrongful, the threat to commit it and, more particularly, a publicly announced threat, must also be wrongful.

(viii) *The temptation to use the weapons maintained for deterrence*

Another aspect of deterrence is the temptation to use the weapons maintained for this purpose. The Court has been referred to numerous instances of the possible use of nuclear weapons of which the Cuban Missile Crisis is probably the best known. A study based on Pentagon documents, to which we were referred, lists numerous such instances involving the possibility of nuclear use from 1946 to 1980[179].

(ix) *Deterrence and sovereign equality*

This has already been dealt with. Either all nations have the right to self-defence with any particular weapon or none of them can have it — if the principle of equality in the right of self-defence is to be recognized. The first alternative is clearly impossible and the second alternative must then become, necessarily, the only option available.

The comparison already made with chemical or bacteriological weapons highlights this anomaly, for the rules of international law must

[178] For the philosophical implications of deterrence, considered from the point of view of natural law, see Cady and Werner, *op. cit.*, pp. 207-219. See, also, John Finnis, Joseph Boyle and Germain Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 1987. Other works which present substantially the same argument are Anthony Kenny, *The Logic of Deterrence*, 1985, and *The Ivory Tower*, 1985; Roger Ruston, *Nuclear Deterrence — Right or Wrong?*, 1981, and "Nuclear Deterrence and the Use of the Just War Doctrine", in Blake and Pole (eds.), *Objections to Nuclear Defense*, 1984.

[179] Michio Kaku and Daniel Axelrod, *To Win a Nuclear War*, 1987, p. 5; CR 95/27, p. 48.

carte va manifestement au-delà des buts de la guerre[178]. C'est elle qui fournit l'élément psychologique implicite dans la notion de menace.

Toutefois, une intention secrète de commettre un acte dommageable ou criminel n'emporte pas de conséquences juridiques tant qu'elle ne se traduit pas par des actes. Une intention n'est donc pas illicite si elle reste inavouée mais, dès lors qu'elle est exprimée soit ouvertement soit indirectement, elle devient une infraction pénale qui consiste dans la menace de commettre tel ou tel acte illicite.

La dissuasion est par définition le contraire d'une intention secrète d'utiliser les armes nucléaires. Elle suppose nécessairement qu'explicitement ou implicitement l'intention effective d'*employer* les armes nucléaires est communiquée au monde extérieur. Elle n'est donc rien de moins qu'une *menace* d'utilisation de ces armes. Si un acte est illicite, la menace de commettre cet acte l'est aussi, surtout si elle est publiquement exprimée.

viii) *La tentation d'utiliser les armes tenues en réserve à des fins de dissuasion*

On doit aussi compter, dans le présent contexte, avec la tentation d'utiliser les armes tenues en réserve à des fins de dissuasion. L'attention de la Cour a été appelée sur les nombreux cas où est apparu un risque d'une utilisation des armes nucléaires, dont la crise des missiles à Cuba offre probablement l'exemple le plus célèbre. On nous a signalé une étude basée sur les archives du Pentagone qui mentionne de nombreux cas survenus entre 1946 et 1980 où la possibilité d'utiliser des armes nucléaires a été envisagée[179].

ix) *La dissuasion et l'égalité souveraine*

Ce point a déjà été évoqué. Si l'on veut que la légitime défense soit régie par le principe de l'égalité, il faut que le droit d'user d'une arme particulière en état de légitime défense appartienne à toutes les nations ou n'appartienne à aucune. La première option n'est pas concevable et la deuxième est donc la seule possible.

Le parallèle, fait plus haut, avec les armes chimiques et bactériologiques permet de mesurer combien toute autre solution serait anormale

[178] Pour les connotations philosophiques de la dissuasion, envisagée du point de vue du droit naturel, voir Cady et Werner, *op. cit.*, p. 207-219. Voir aussi John Finnis, Joseph Boyle et Germain Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 1987. Parmi les auteurs qui défendent essentiellement la même thèse, on peut citer Anthony Kenny, *The Logic of Deterrence*, 1985, et *The Ivory Tower*, 1985; Roger Ruston, *Nuclear Deterrence — Right or Wrong?* 1981, et «Nuclear Deterrence and the Use of the Just War Doctrine», dans Blake et Pole (dir. publ.), *Objections to Nuclear Defense*, 1984.

[179] Michio Kaku et Daniel Axelrod, *To Win a Nuclear War*, 1987, p. 5; CR 95/27, p. 48.

operate uniformly across the entire spectrum of the international community. No explanation has been offered as to why nuclear weapons should be subject to a different régime.

(x) *Conflict with the St. Petersburg principle*

As already observed, the Declaration of St. Petersburg, followed and endorsed by numerous other documents (see Section III.3 above) declared that weakening the military forces of the enemy is the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war (on this aspect, see Section V.2 above). Deterrence doctrine aims at far more — it aims at the destruction of major urban areas and centres of population and even goes so far as "mutually assured destruction". Especially during the Cold War, missiles were, under this doctrine, kept at the ready, targeting many of the major cities of the contending powers. Such policies are a far cry from the principles solemnly accepted at St. Petersburg and repeatedly endorsed by the world community.

3. Reprisals

The Court has not in its Opinion expressed a view in regard to the acceptance of the principle of reprisals in the corpus of modern international law. I regret that the Court did not avail itself of this opportunity to confirm the unavailability of reprisals under international law at the present time, whether in time of peace or in war.

I wish to make it clear that I do not accept the lawfulness of the right to reprisals as a doctrine recognized by contemporary international law.

Does the concept of reprisals open up a possible exception to the rule that action in response to an attack is, like all other military action, subject to the laws of war?

The Declaration concerning Principles of Friendly Relations and Co-operation among States (resolution 2625 (XXV) of 1970) categorically asserted that "States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force".

Professor Bowett puts the proposition very strongly in the following passage:

> "Few propositions about international law have enjoyed more support than the proposition that, under the Charter of the United Nations, the use of force by way of reprisals is illegal. Although, indeed, the words 'reprisals' and 'retaliation' are not to be found in the Charter, this proposition was generally regarded by writers and by the Security Council as the logical and necessary consequence of

étant donné que les règles du droit international doivent s'appliquer uniformément à l'ensemble de la communauté internationale. Il n'a pas été expliqué pourquoi les armes nucléaires seraient soumises à un régime particulier.

x) *Incompatibilité de la dissuasion avec les principes énoncés dans la déclaration de Saint-Pétersbourg*

Comme on l'a déjà souligné, la déclaration de Saint-Pétersbourg, qui a été entérinée par de nombreux autres documents ultérieurs (voir ci-dessus la section III, paragraphe 3), a indiqué que l'affaiblissement des forces militaires de l'adversaire est le seul but légitime que les Etats doivent chercher à atteindre durant une guerre (sur ce point, voir ci-dessus la section V, paragraphe 2). La doctrine de la dissuasion a des objectifs qui vont beaucoup plus loin — destruction des principales zones urbaines et agglomérations et même «destruction mutuelle assurée». Pendant la guerre froide, notamment, des missiles étaient, en application de cette doctrine, constamment en état d'alerte et pointés sur de nombreuses grandes villes des puissances adverses. De telles actions sont bien éloignées des principes solennellement acceptés à Saint-Pétersbourg et maintes fois confirmés par la communauté internationale.

3. Représailles

La Cour n'a pas dit dans son avis si le principe des représailles est accepté par le droit international moderne. Je regrette qu'elle n'ait pas saisi cette occasion pour confirmer que le droit international d'aujourd'hui n'admet les représailles ni en temps de paix ni en temps de guerre.

Je tiens, pour ma part, à souligner que la licéité du recours aux représailles ne me paraît pas être une doctrine admise par le droit international contemporain.

La notion de représailles fournit-elle la base d'une exception possible à la règle selon laquelle la riposte à une attaque est, comme toute autre action militaire, soumise au droit de la guerre?

La déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats (résolution 2625 (XXV) de 1970) affirme catégoriquement que: «Les Etats ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force.»

Le professeur Bowett énonce ce principe avec beaucoup de fermeté, lorsqu'il déclare:

> «Rares sont les arguments concernant le droit international qui bénéficient d'un appui aussi vigoureux que celui selon lequel, en vertu de la Charte des Nations Unies, l'emploi de la force à titre de représailles est illicite. Certes, la Charte ne fait pas mention de «représailles» ni de «rétorsion», mais cette thèse est généralement considérée par la doctrine et par le Conseil de sécurité comme un

> the prohibition of force in Article 2 (4), the injunction to settle disputes peacefully in Article 2 (3) and the limiting of permissible force by states to self-defense."[180]

While this is an unexceptionable view, it is to be borne in mind, further, that nuclear weapons raise special problems owing to the magnitude of the destruction that is certain to accompany them. In any event, a doctrine evolved for an altogether different scenario of warfare can scarcely be applied to nuclear weapons without some re-examination.

Professor Brownlie addresses this aspect in the following terms:

> "In the first place, it is hardly legitimate to extend a doctrine related to the minutiae of the conventional theatre of war to an exchange of power which, in the case of the strategic and deterrent uses of nuclear weapons, is equivalent to the total of war effort and is the essence of the war aims."[181]

These strong legal objections to the existence of a right of reprisal are reinforced also by two other factors — the conduct of the party indulging in the reprisals and the conduct of the party against whom the reprisals are directed.

The action of the party indulging in the reprisals needs to be a measured one, for its only legitimate object is as stated above. Whatever tendency there may be to unleash all its nuclear power in anger or revenge needs to be held strictly in check. It is useful to note in this connection the observation of Oppenheim who, after reviewing a variety of historical examples, concludes that:

> "reprisals instead of being a means of securing legitimate warfare may become an effective instrument of its wholesale and cynical violation in matters constituting the very basis of the law of war"[182].

The historical examples referred to relate, *inter alia*, to the extreme atrocities sought to be justified under the principle of retaliation in the Franco-German War, the Boer War, World War I and World War II[183]. They all attest to the brutality, cynicism and lack of restraint in the use of power which it is the object of the laws of war to prevent. Such shreds of

---

[180] D. Bowett, "Reprisals Involving Recourse to Armed Force", *American Journal of International Law*, 1972, Vol. 66, p. 1, quoted in Weston, Falk and D'Amato, *International Law and World Order*, 1980, p. 910.

[181] "Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons", *op. cit.*, p. 445.

[182] *Op. cit.*, Vol. II, p. 565.

[183] *Ibid*, pp. 563-565.

corollaire logique et nécessaire de l'interdiction du recours à la force énoncée au paragraphe 4 de l'article 2, de l'obligation de régler les différends par des moyens pacifiques prévue au paragraphe 3 de l'article 2 et de la restriction au seul cas de la légitime défense du droit de recourir à la force.»[180]

Cettte position est inattaquable, mais il faut en outre rappeler que les armes nucléaires posent des problèmes particuliers en raison de l'ampleur des destructions qui en sont nécessairement la conséquence. De toute manière, une doctrine élaborée pour des scénarios de guerre entièrement différents ne saurait être appliquée aux armes nucléaires sans que certains de ses aspects ne soient réexaminés.

Le professeur Brownlie évoque cette question dans les termes suivants:

«Il ne serait guère légitime d'étendre une doctrine conçue en fonction des caractéristiques particulières du théâtre d'opérations de la guerre traditionnelle à un échange de potentiel militaire qui, dans le cas des emplois stratégiques et dissuasifs des armes nucléaires, équivaut à tout l'effort de guerre et au but essentiel de la guerre.»[181]

Ces solides objections juridiques à la reconnaissance d'un droit de représailles acquièrent plus de force encore si l'on tient compte de deux autres facteurs: le comportement de l'Etat auteur des représailles et celui de l'Etat contre lequel de telles représailles sont exercées.

L'Etat auteur des représailles doit faire preuve de mesure car il ne peut légitimement chercher à atteindre un autre objectif que celui qui a été rappelé plus haut. Si tenté qu'il soit, sous l'effet de la colère ou pour se venger, de déchaîner toute la puissance nucléaire dont il dispose, il doit strictement contrôler sa réaction. A cet égard, il convient de rappeler l'observation d'Oppenheim qui, après avoir passé en revue toute une série d'exemples historiques, conclut:

«les représailles, au lieu d'être un moyen de faire respecter les règles du combat, peuvent aisément fournir l'occasion de commettre cyniquement des violations systématiques de ces règles qui constituent l'essence même du droit de la guerre»[182].

Les exemples historiques que cite Oppenheim se rapportent notamment aux indicibles atrocités, prétendument justifiables sur la base de la théorie des représailles, qui ont été commises pendant la guerre franco-allemande, la guerre des Boers, la première et la seconde guerre mondiale[183]. Ces exemples révèlent la cruauté, le cynisme et l'outrance dans

[180] D. Bowett, «Reprisals Involving Recourse to Armed Force», *American Journal of International Law*, 1972, vol. 66, p. 1, cité dans Weston, Falk, D'Amato, *International Law and World Order*, 1980, p. 910.

[181] «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», *op. cit.*, p. 445.

[182] *Op. cit.*, vol. II, p. 565.

[183] *Ibid.*, p. 563-565.

the right to retaliation as might have survived the development of the laws of war are all rooted out by the nature of the nuclear weapon, as discussed in this opinion.

If history is any guide, the party indulging in reprisals will in practice use such "right of reprisal" — if indeed there is such a right — in total disregard of the purpose and limits of retaliation — namely, the limited purpose of ensuring compliance with the laws of war.

Turning next to the conduct of the party against whom the right is exercised — a party who already has disregarded the laws of war — that party would only be stimulated to release all the nuclear power at its disposal in response to that retaliation — unless, of course, it has been totally destroyed.

In these circumstances, any invitation to this Court to enthrone the legitimacy of nuclear reprisal for a nuclear attack is an invitation to enthrone a principle that opens the door to arbitrariness and lack of restraint in the use of nuclear weapons.

The sole justification, if any, for the doctrine of reprisals is that it is a means of securing legitimate warfare. With the manifest impossibility of that objective in relation to nuclear weapons, the sole reason for this alleged exception vanishes. *Cessante ratione legis, cessat ipsa lex.*

4. Internal Wars

The question asked of the Court relates to the use of nuclear weapons in *any* circumstance. The Court has observed that it is making no observation on this point. It is my view that the use of the weapon is prohibited in *all* circumstances.

The rules of humanity which prohibit the use of the weapon in external wars do not begin to take effect only when national boundaries are crossed. They must apply internally as well.

Article 3 which is common to the four Geneva Conventions applies to all armed conflicts of a non-international character and occurring in the territory of one of the Powers parties to the Convention. Protocol II of 1977 concerning internal wars is couched in terms similar to the Martens Clause, and refers to "the principles of humanity and to the dictates of public conscience".

Thus international law makes no difference in principle between internal and external populations.

Moreover, if nuclear weapons are used internally by a State, it is clear from the foregoing analysis of the effects of nuclear weapons that the effects of such internal use cannot be confined internally. It will produce widespread external effects, as Chernobyl has demonstrated.

l'emploi de la force que le droit de la guerre a précisément pour but d'empêcher. Les séquelles du droit de représailles qui pourraient avoir survécu au développement du droit de la guerre disparaissent avec l'arme nucléaire en raison de sa nature même, telle qu'elle est décrite dans la présente opinion.

L'histoire nous enseigne que l'Etat auteur des représailles usera dans la pratique de son «droit de représailles» — si tant est qu'il existe — en ne tenant absolument aucun compte de l'objet et des limites de ce droit, qui ne devrait être exercé que pour assurer le respect du droit de la guerre.

Quant à l'Etat victime des représailles — qui a initialement enfreint le droit de la guerre — il ne sera que plus tenté de déchaîner toute la puissance de l'arsenal nucléaire dont il dispose pour riposter aux représailles — à moins bien sûr d'être déjà totalement hors de combat.

Dans ces conditions, inviter la Cour à sanctionner la légitimité du recours à des représailles nucléaires en cas d'attaque nucléaire reviendrait à l'inviter à sanctionner un principe qui ouvre la voie à l'arbitraire et à l'outrance dans l'utilisation des armes nucléaires.

Si tant est que la doctrine des représailles puisse se justifier, ce ne peut être que comme un moyen de faire respecter le droit de la guerre. Comme les représailles ne peuvent manifestement pas atteindre ce but dans le cas des armes nucléaires, le seul motif qui justifierait une telle exception disparaît. *Cessante ratione legis, cessat ipsa lex.*

4. Conflits internes

La question posée à la Cour concerne l'emploi des armes nucléaires en *toute* circonstance. La Cour a précisé qu'elle ne formulait aucune observation sur ce point. Je suis d'avis que l'emploi de cette arme est interdit en *toutes* circonstances.

Les règles d'humanité qui interdisent l'emploi de l'arme en question dans les guerres à l'extérieur ne commencent pas à s'appliquer une fois les frontières nationales franchies. Elles s'appliquent aussi sur le plan interne.

L'article 3 commun aux quatre conventions de Genève s'applique à tous les conflits armés de caractère non international qui ont pour cadre le territoire d'une partie à la convention. Le protocole additionnel II de 1977 concernant les conflits internes s'inspire de la clause de Martens et se réfère aux «principes d'humanité et aux exigences de la conscience publique».

Le droit international ne fait donc pas de différence, en principe, entre les populations à l'intérieur et à l'extérieur des frontières.

Au surplus, si des armes nucléaires sont utilisées par un Etat sur son territoire, leurs effets ne pourront, comme le prouve clairement l'analyse qui précède, être cantonnés au territoire national. Ils se feront sentir bien à l'extérieur du territoire d'un Etat, comme en témoigne la catastrophe de Tchernobyl.

5. The Doctrine of Necessity

Does the doctrine of necessity offer a principle under which the use of nuclear weapons might be permissible in retaliation for an illegitimate act of warfare?

There is some support for the principle of necessity among the older writers, especially those of the German school[184], who expressed this doctrine in terms of the German proverb *"Kriegsraeson geht vor Kriegsmanier"* ("necessity in war overrules the manner of warfare"). However, some German writers did not support this view and in general it did not have the support of English, French, Italian and American publicists[185].

According to this doctrine, the laws of war lose their binding force when no other means, short of the violation of the laws of war, will offer an escape from the extreme danger caused by the original unlawful act.

However, the origins of this principle, such as it is, go back to the days when there were no *laws* of war, but rather *usages* of war, which had not yet firmed into laws accepted by the international community as binding.

The advance achieved in recognition of these principles as binding laws, ever since the Geneva Convention of 1864, renders untenable the position that they can be ignored at the will, and in the sole unilateral judgment, of one party. Even well before World War I, authoritative writers such as Westlake strenuously denied such a doctrine[186] and, with the new and extensive means of destruction — particularly submarine and aerial — which emerged in World War I, the doctrine became increasingly dangerous and inapplicable. With the massive means of destruction available in World War II, the desuetude of the doctrine was even further established.

Decisions of war crimes tribunals of that era attest to the collapse of that doctrine, if indeed it had ever existed. The case of the *Peleus*[187] relating to submarine warfare, decided by a British military court; the *Milch* case[188], decided by the United States Military Tribunal at Nuremberg; and the *Krupp* case[189], where the tribunal addressed the question of grave economic necessity, are all instances of a judicial rejection of that doctrine in no uncertain terms[190].

---

[184] See the list of German authors cited by Oppenheim, *op. cit.*, Vol. II, p. 231, footnote 6.

[185] *Ibid.*, p. 232.

[186] Westlake, *International Law*, 2nd ed., 1910-1913, pp. 126-128; *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, ed. L. Oppenheim, 1914, p. 243.

[187] *War Crimes Reports*, 1946, i, pp. 1-16.

[188] *War Crimes Trials*, 1948, 7, pp. 44, 65.

[189] *Ibid.*, 1949, 10, p. 138.

[190] See, on these cases, Oppenheim, *op. cit.*, pp. 232-233.

5. La doctrine de la nécessité

La doctrine de la nécessité renferme-t-elle un principe qui pourrait autoriser l'emploi des armes nucléaires en riposte à un acte de guerre illégitime?

Le principe de nécessité a quelques partisans dans la doctrine relativement ancienne et notamment dans l'école allemande[184], qui l'a résumée dans l'adage allemand *« Kriegsraeson geht vor Kriegsmanier »* («les nécessités de la guerre l'emportent sur la manière de faire la guerre»). Mais certains auteurs allemands n'y souscrivent pas et, d'une manière générale, les auteurs anglais, français, italiens et américains ne la soutiennent pas[185].

Selon cette doctrine, le droit de la guerre cesse d'avoir force obligatoire lorsque ce n'est qu'en y contrevenant qu'il est possible de parer à l'extrême danger résultant de l'acte illégitime initial.

Mais la naissance de ce principe remonte à une époque où il y avait non pas de *droit* de la guerre, mais plutôt des *usages* de la guerre qui n'avaient pas encore été consacrés dans des règles juridiques acceptées par la communauté internationale comme ayant force obligatoire.

Les progrès accomplis dans la reconnaissance de la force obligatoire de ces principes depuis la convention de Genève de 1864 ne permet plus de soutenir que leur applicabilité dépend du bon vouloir et de l'appréciation unilatérale des parties. Dès avant la première guerre mondiale, des auteurs faisant autorité, comme Westlake, ont vigoureusement contesté la doctrine de la nécessité[186] qui, avec la mise au point, durant la première guerre mondiale, de nouveaux moyens de destruction à grand rayon d'action — en particulier les sous-marins et les aéronefs —, s'est révélée de plus en plus dangereuse et inapplicable. En raison de l'apparition, pendant la seconde guerre mondiale, des moyens de destruction massive, cette doctrine est encore plus tombée en désuétude.

Les décisions des tribunaux qui ont eu à connaître de crimes de guerre durant cette période témoignent de l'effondrement de cette doctrine — à supposer qu'elle ait jamais été admise. L'affaire du *Peleus*[187], relative à la guerre sous-marine, jugée par un tribunal militaire britannique; l'affaire *Milch*[188], jugée par le Tribunal militaire des Etats-Unis d'Amérique à Nuremberg; et l'affaire *Krupp*[189], où le tribunal a examiné la question de la nécessité économique grave, sont autant d'affaires où la doctrine de la nécessité a été catégoriquement rejetée par les tribunaux[190].

---

[184] Voir la liste des auteurs allemands cités par Oppenheim, *op. cit.*, vol. II, p. 231, note 6.

[185] *Ibid.*, p. 232.

[186] Westlake, *International Law*, 2e éd., 1910-1913, p. 126-128; *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, éd. L. Oppenheim, 1914, p. 243.

[187] *War Crimes Reports*, 1946, i, p. 1-16.

[188] *War Crimes Trials*, 1948, 7, p. 44, 65.

[189] *Ibid.*, 1949, 10, p. 138.

[190] Voir, sur ces affaires, Oppenheim, *op. cit.*, p. 232-233.

The doctrine of necessity opens the door to revenge, massive devastation and, in the context of nuclear weapons, even to genocide. To the extent that it seeks to override the principles of the laws of war, it has no place in modern international law.

In the words of a United States scholar:

> "where is the military necessity in incinerating entire urban populations, defiling the territory of neighboring and distant neutral countries, and ravaging the natural environment for generations to come . . .? . . . If so, then we are witness to the demise of Nuremberg, the triumph of *Kriegsraison*, the virtual repudiation of the humanitarian rules of armed conflict . . . The very meaning of 'proportionality' becomes lost, and we come dangerously close to condoning the crime of genocide, that is, a military campaign directed more towards the extinction of the enemy than towards the winning of a battle or conflict."[191]

6. Limited or Tactical or Battlefield Nuclear Weapons

Reference has already been made to the contention, by those asserting legality of use, that the inherent dangers of nuclear weapons can be minimized by resort to "small" or "clean" or "low yield" or "tactical" nuclear weapons. This factor has an important bearing upon the legal question before the Court, and it is necessary therefore to examine in some detail the acceptability of the contention that limited weapons remove the objections based upon the destructiveness of nuclear weapons.

The following are some factors to be taken into account in considering this question:

(i) No material has been placed before the Court demonstrating that there is in existence a nuclear weapon which does not emit radiation, does not have a deleterious effect upon the environment, and does not have adverse health effects upon this and succeeding generations. If there were indeed a weapon which does not have any of the singular qualities outlined earlier in this opinion, it has not been explained why a conventional weapon would not be adequate for the purpose for which such a weapon is used. We can only deal with nuclear weapons as we know them.

[191] Burns H. Weston, "Nuclear Weapons versus International Law: A Contextual Reassessment", *McGill Law Journal*, 1983, Vol. 28, p. 578.

Cette doctrine débouche sur la revanche, la dévastation à outrance et même, dans le contexte des armes nucléaires, le génocide. Dans la mesure où elle tend à supplanter les principes du droit de la guerre, elle n'a pas sa place dans le droit international moderne.

Comme l'écrit un auteur américain:

> «y a-t-il une nécessité militaire qui oblige à réduire en cendres la population de villes entières, à dévaster le territoire de pays neutres proches et lointains et à ravager le milieu naturel pour des générations ...? ... Dans l'affirmative, nous assistons à la fin des principes de Nuremberg, au triomphe de la *Kriegsraison*, au rejet virtuel de toutes les règles humanitaires des conflits armés ... La notion même de «proportionnalité» disparaît et nous ne sommes pas loin d'absoudre le crime de génocide perpétré sous la forme d'une campagne militaire faite plus pour exterminer l'ennemi que pour gagner une bataille ou une guerre.»[191]

6. Armes nucléaires à effets limités ou tactiques ou du champ de bataille

On a déjà évoqué l'argument des tenants de la licéité de l'emploi des armes nucléaires selon lequel il est possible de minimiser les dangers inhérents à ces armes en recourant à des armes «de faible puissance», «propres», «à effets réduits» ou «tactiques». Ce point a des conséquences importantes en ce qui concerne la question juridique soumise à la Cour et il faut donc étudier en détail l'argument selon lequel les armes à effets limités priveraient de fondement les objections reposant sur le caractère destructeur des armes nucléaires.

On examinera ci-après quelques-uns des facteurs à prendre en considération à cet égard:

i) Rien dans les éléments qui ont été soumis à la Cour ne prouve qu'il existe une arme nucléaire qui n'émette pas de rayonnements, n'ait pas d'effets délétères sur l'environnement et ne comporte pas de conséquences nuisibles à la santé de la génération actuelle et de celles qui la suivront. S'il existe une arme nucléaire qui ne présente pas les caractéristiques très particulières évoquées plus haut dans la présente opinion, on peut se demander pourquoi une arme classique ne serait pas utilisée pour atteindre les buts recherchés par l'emploi des armes nucléaires. Nous ne pouvons raisonner que sur la base de ce que nous savons des armes nucléaires.

[191] Burns H. Weston, «Nuclear Weapons versus International Law: A Contextual Reassessment», *McGill Law Journal*, 1983, vol. 28, p. 578.

(ii) The practicality of small nuclear weapons has been contested by high military[192] and scientific[193] authority.

(iii) Reference has been made (see Section IV above), in the context of self-defence, to the political difficulties, stated by former American Secretaries of State, Robert McNamara and Dr. Kissinger, of keeping a response within the ambit of what has been described as a limited or minimal response. The assumption of escalation control seems unrealistic in the context of nuclear attack.

(iv) With the use of even "small" or "tactical" or "battlefield" nuclear weapons, one crosses the nuclear threshold. The State at the receiving end of such a nuclear response would not know that the response is a limited or tactical one involving a small weapon and it is not credible to posit that it will also be careful to respond in kind, that is, with a small weapon. The door would be opened and the threshold crossed for an all-out nuclear war.

The scenario here under consideration is that of a limited nuclear response to a nuclear attack. Since, as stated above,

(a) the "controlled response" is unrealistic; and
(b) a "controlled response" by the nuclear power making the first attack to the "controlled response" to its first strike is even more unrealistic,

the scenario we are considering is one of all-out nuclear war, thus rendering the use of the controlled weapon illegitimate.

The assumption of a voluntary "brake" on the recipient's full-scale use of nuclear weapons is, as observed earlier in this opinion, highly fanciful and speculative. Such fanciful speculations provide a very unsafe assumption on which to base the future of humanity.

(v) As was pointed out by one of the States appearing before the Court:

"it would be academic and unreal for any analysis to seek to demonstrate that the use of a single nuclear weapon in particular

---

[192] General Colin Powell, *A Soldier's Way*, 1995, p. 324:

"No matter how small these nuclear payloads were, we would be crossing a threshold. Using nukes at this point would mark one of the most significant military decisions since Hiroshima. . . . I began rethinking the practicality of those small nuclear weapons."

[193] See *Bulletin of the Atomic Scientists*, May 1985, p. 35, at p. 37, referred to in Malaysian Written Comments, p. 20.

ii) L'utilité pratique des armes nucléaires de faible puissance a été contestée par les plus hautes autorités du monde militaire[192] et scientifique[193].

iii) On a souligné à propos de la légitime défense (voir ci-dessus la section IV) combien il est difficile sur le plan politique, ainsi que l'ont reconnu deux anciens secrétaires d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, Robert McNamara et Henry Kissinger, de maintenir la contre-attaque dans les limites de ce qu'on a appelé une riposte restreinte ou minimale. L'idée qu'on pourrait arrêter l'escalade ne paraît pas réaliste dans le contexte d'une attaque nucléaire.

iv) Même en employant des armes nucléaires «de faible puissance», «tactiques» ou «de combat», on franchit le seuil nucléaire. L'Etat qui serait la cible d'une telle riposte nucléaire ne saurait pas qu'il est en présence d'une riposte restreinte ou tactique faisant appel à une arme de faible puissance et on ne peut pas raisonnablement s'attendre que sa contre-riposte soit de même nature, c'est-à-dire qu'il utilise aussi une arme de faible puissance. La voie serait ainsi ouverte et le seuil serait franchi pour une guerre nucléaire totale.

L'hypothèse que nous envisageons ici est celle d'une attaque nucléaire suivie d'une riposte nucléaire restreinte. Comme on l'a déjà vu:

a) compter sur une «riposte contrôlée» n'est guère réaliste;

b) attendre de la puissance nucléaire auteur de l'attaque initiale une «contre-riposte contrôlée» à la «riposte contrôlée» est encore moins réaliste.

Dans ces conditions, l'hypothèse considérée est celle d'une guerre nucléaire totale, d'où il résulte que l'utilisation d'armes nucléaires dans le cadre d'une riposte contrôlée est illicite.

L'idée que l'Etat cible renoncerait volontairement à utiliser tout son potentiel nucléaire est, comme je l'ai souligné ci-dessus, dans la présente opinion, à la fois fantaisiste et spéculative. Faire reposer l'avenir de l'humanité sur une telle spéculation paraît bien hasardeux.

v) Comme l'a souligné l'un des Etats qui se sont présentés devant la Cour:

> «Essayer de démontrer que l'emploi d'une seule arme nucléaire n'est pas nécessairement incompatible avec les principes d'huma-

[192] Général Colin Powell, *A Soldier's Way*, 1995, p. 324:

> «Si minimes que soient ces charges nucléaires, nous franchirions un seuil. Utiliser les armes nucléaires dans la conjoncture actuelle serait l'une des initiatives militaires les plus lourdes de conséquences prises depuis Hiroshima ... J'ai commencé à m'interroger sur l'utilité pratique de ces armes nucléaires de faible puissance.»

[193] Voir *Bulletin of the Atomic Scientists*, mai 1985, p. 37, dont il est fait mention dans les observations écrites de la Malaisie, p. 20.

circumstances could be consistent with principles of humanity. The reality is that if nuclear weapons ever were used, this would be overwhelmingly likely to trigger a nuclear war." (Australia, Gareth Evans, CR 95/22, pp. 49-50.)

(vi) In the event of some power readying a nuclear weapon for a strike, it may be argued that a pre-emptive strike is necessary for self-defence. However, if such a pre-emptive strike is to be made with a "small" nuclear weapon which by definition has no greater blast, heat or radiation than a conventional weapon, the question would again arise why a nuclear weapon should be used when a conventional weapon would serve the same purpose.

(vii) The factor of accident must always be considered. Nuclear weapons have never been tried out on the battlefield. Their potential for limiting damage is untested and is as yet the subject of theoretical assurances of limitation. Having regard to the possibility of human error in highly scientific operations — even to the extent of the accidental explosion of a space rocket with all its passengers aboard — one can never be sure that some error or accident in construction may deprive the weapon of its so-called "limited" quality. Indeed, apart from fine gradations regarding the size of the weapon to be used, the very use of any nuclear weapons under the stress of urgency is an area fraught with much potential for accident[194]. The UNIDIR study, just mentioned, emphasizes the "very high risks of escalation once a confrontation starts"[195].

(viii) There is some doubt regarding the "smallness" of tactical nuclear weapons, and no precise details regarding these have been placed before the Court by any of the nuclear powers. Malaysia, on the other hand, has referred the Court to a United States law forbidding "research and development which could lead to the production . . . of a low-yield nuclear weapon" (Written Comments, p. 20), which is defined as having a yield of less than 5 kilotons (Hiroshima and Nagasaki were 15 and 12 kilotons, respectively)[196]. Weapons of this firepower may, in the absence of evidence to the contrary, be presumed to be fraught with all the dangers attendant on nuclear weapons, as outlined earlier in this opinion.

(ix) It is claimed a weapon could be used which could be precisely aimed at a specific target. However, recent experience in the Gulf War has shown that even the most sophisticated or "small" weapons do not always strike their intended target with precision.

---

[194] See the UNIDIR Study, *Risks of Unintentional Nuclear War, supra.*

[195] *Ibid.*, p. 11.

[196] National Defense Authorization Act for Fiscal Year (FY) 1944, *Public Law*, 103-160, 30 November 1993.

nité relève de la théorie et de l'utopie. Dans la réalité, l'emploi des armes nucléaires conduirait presque immanquablement au déclenchement d'une guerre nucléaire.» (Australie, Gareth Evans, CR 95/22, p. 49-50.)

vi) On pourrait soutenir qu'en présence de préparatifs visant à rendre une arme nucléaire opérationnelle, une frappe préemptive est nécessaire à des fins de légitime défense. Mais s'il est fait usage, pour une telle frappe, d'une arme nucléaire de «faible puissance» comparable par définition à une arme classique du point de vue de l'effet de souffle, de l'effet thermique et des rayonnements, pourquoi utiliser une arme nucléaire quand une arme classique aurait les mêmes effets?

vii) Le risque d'accident doit aussi toujours être pris en compte. Les armes nucléaires n'ont jamais été essayées dans aucun théâtre d'opérations. La possibilité de limiter leur capacité de destruction n'a pas été établie et tout repose encore dans ce domaine sur des assurances théoriques. Etant donné que l'erreur humaine n'est jamais à exclure dans une activité hautement scientifique — comme l'explosion accidentelle d'une navette spatiale avec tous ses passagers à bord — une arme prétendument dotée d'un potentiel de destruction «limitée» peut fort bien ne pas avoir de tels effets à la suite d'une erreur ou d'un défaut de construction. On peut dire qu'abstraction faite du problème des dimensions précises de la bombe à utiliser, l'emploi de n'importe quel type d'armes nucléaires sous la pression de l'urgence est une démarche qui comporte des risques élevés d'accident[194]. L'étude de l'UNIDIR que j'ai mentionnée insiste sur «la très haute probabilité d'escalade une fois la confrontation amorcée»[195].

viii) Ce qu'il faut entendre par arme nucléaire tactique «de faible puissance» n'est pas clair et aucune des puissances dotées d'armes nucléaires n'a fourni d'indication précise à la Cour sur ce point. La Malaisie a en revanche appelé l'attention de la Cour sur une loi des Etats-Unis qui a interdit «la recherche-développement pouvant conduire à la production ... d'une arme nucléaire à effets réduits» (observations écrites, p. 20), qui est définie comme ayant une puissance inférieure à 5 kilotonnes (les bombes d'Hiroshima et de Nagasaki étaient dotées d'une puissance de 15 et 12 kilotonnes respectivement)[196]. Des armes de cette puissance peuvent, sauf preuve contraire, être présumées engendrer tous les dangers inhérents aux armes nucléaires, tels qu'ils ont été décrits plus haut dans la présente opinion.

ix) D'aucuns soutiennent qu'il pourrait être fait usage d'une arme capable d'être dirigée de manière précise sur une cible bien déterminée. Mais l'expérience toute récente de la guerre du Golfe a montré que les armes, si perfectionnées ou «miniaturisées» soient-elles, n'attei-

[194] Voir ci-dessus l'étude de l'UNIDIR, *Risks of Unintentional Nuclear War*.
[195] *Ibid.*, p. 11.
[196] *National Defense Authorization Act for Fiscal Year (FY) 1944,Public Law*, 103-160, 30 novembre 1993.

If there should be such error in the case of nuclear weaponry, the consequence would be of the gravest order.

(x) Having regard to WHO estimates of deaths ranging from one million to one billion in the event of a nuclear war which could well be triggered off by the use of the smallest nuclear weapon, one can only endorse the sentiment which Egypt placed before us when it observed that, having regard to such a level of casualties: "even with the greatest miniaturization, such speculative margins of risk are totally abhorrent to the general principles of humanitarian law" (CR 95/23, p. 43).

(xi) Taking the analogy of chemical or bacteriological weapons, no one would argue that because a small amount of such weapons will cause a comparatively small amount of harm, therefore chemical or bacteriological weapons are not illegal, seeing that they can be used in controllable quantities. If, likewise, nuclear weapons are generally illegal, there could not be an exception for "small weapons".

If nuclear weapons are intrinsically unlawful, they cannot be rendered lawful by being used in small quantities or in smaller versions. Likewise, if a State should be attacked with chemical or bacteriological weapons, it seems absurd to argue that it has the right to respond with small quantities of such weapons. The fundamental reason that all such weapons are not permissible, even in self-defence, for the simple reason that their effects go beyond the needs of war, is common to all these weapons.

(xii) Even if — and it has not been so submitted by any State appearing before the Court — there is a nuclear weapon which *totally* eliminates the dissemination of radiation, and which is not a weapon of mass destruction, it would be quite impossible for the Court to define those nuclear weapons which are lawful and those which are unlawful, as this involves technical data well beyond the competence of the Court. The Court must therefore speak of legality in general terms.

The Court's authoritative pronouncement that *all* nuclear weapons are not illegal (i.e., that *every* nuclear weapon is not illegal) would then open the door to those desiring to use, or threaten to use, nuclear weapons to argue that any particular weapon they use or propose to use is within the rationale of the Court's decision. No one could police this. The door would be open to the use of whatever nuclear weapon a State may choose to use.

It is totally unrealistic to assume, however clearly the Court stated its reasons, that a power desiring to use the weapon

gnent pas toujours précisément leur cible. Dans le cas des armes nucléaires, pareille erreur de tir aurait des conséquences extrêmement graves.

x) Etant donné qu'une guerre nucléaire, que la plus petite des armes nucléaires suffirait à déclencher, ferait, selon les estimations de l'Organisation mondiale de la Santé, entre un million et un milliard de morts, on ne peut que partager le sentiment exprimé par l'Egypte lorsque, à propos de ces pertes considérables, elle a déclaré: «même dans l'hypothèse d'une extrême miniaturisation, pareils chiffres estimatifs sont tout à fait intolérables au regard des principes généraux du droit humanitaire» (CR 95/23, p. 43).

xi) Si on établit une comparaison avec les armes chimiques et bactériologiques, nul ne pourrait soutenir que, du fait que ces armes employées en petite quantité ne causeraient que des dommages comparativement réduits, les armes en question sont licites puisqu'il est possible de les utiliser sans dépasser certaines limites. Si, de la même manière, les armes nucléaires sont de façon générale illicites, celles qui sont de «faible puissance» ne peuvent faire exception.

Dès lors que les armes nucléaires sont intrinsèquement illicites, il ne suffit pas de les utiliser en petites quantités ou d'employer des catégories d'armes de faible puissance pour les rendre licites. De même, on ne peut raisonnablement soutenir qu'un Etat attaqué au moyen d'armes chimiques ou bactériologiques serait en droit de riposter avec un nombre limité d'armes de même nature. S'il n'est pas permis d'utiliser ces diverses catégories d'armes même en état de légitime défense, c'est essentiellement parce que leurs effets dépassent les nécessités de la guerre — une caractéristique qui leur est commune à toutes.

xii) Même si — et aucun des Etats qui se sont présentés devant la Cour n'a avancé un tel argument — il existait une bombe nucléaire ne comportant *absolument* aucun risque de propagation des rayonnements et ne relevant pas de la catégorie des armes de destruction massive, il serait tout à fait impossible à la Cour d'identifier les armes nucléaires licites et les armes nucléaires illicites car il lui faudrait à cette fin procéder à des analyses techniques qui n'entreraient pas dans sa compétence. La Cour doit donc se prononcer sur la licéité en général.

En déclarant, avec l'autorité qui s'attache à ses conclusions, que *toutes* les armes nucléaires ne sont pas illicites (c'est-à-dire que *certaines* ne sont pas illicites), la Cour donnerait à quiconque se propose d'employer ou de menacer d'employer des armes nucléaires la possibilité de soutenir que l'arme particulière utilisée ou envisagée est visée par la déclaration en question. Aucune vérification ne serait possible. On a ainsi ouvert la voie à la possibilité pour les Etats d'employer n'importe quelle arme nucléaire à leur gré.

Si détaillées que puissent être les conclusions de la Cour, on ne peut pas raisonnablement s'attendre qu'une puissance désireuse

would carefully choose those which are within the Court's stated reasoning.

VIII. Some Arguments against the Grant of an Advisory Opinion

1. The Advisory Opinion Would be Devoid of Practical Effects

It has been argued that, whatever may be the law, the question of the use of nuclear weapons is a political question, politically loaded, and politically determined. This may be, but it must be observed that, however political be the question, there is always value in the clarification of the law. It is not ineffective, pointless and inconsequential.

It is important that the Court should assert the law as it is. A decision soundly based on law will carry respect with it by virtue of its own inherent authority. It will assist in building up a climate of opinion in which law is respected. It will enhance the authority of the Court in that it will be seen to be discharging its duty of clarifying and developing the law, regardless of political considerations.

The Court's decision on the illegality of the *apartheid* régime had little prospect of compliance by the offending Government, but helped to create the climate of opinion which dismantled the structure of *apartheid*. Had the Court thought in terms of the futility of its decree, the end of *apartheid* may well have been long delayed, if it could have been achieved at all. The clarification of the law is an end in itself, and not merely a means to an end. When the law is clear, there is a greater chance of compliance than when it is shrouded in obscurity.

The view has indeed been expressed that, in matters involving "high policy", the influence of international law is minimal. However, as Professor Brownlie has observed in dealing with this argument, it would be "better to uphold a prohibition which *may* be avoided in a crisis than to do away with standards altogether"[197].

I would also refer, in this context, to the perceptive observations of Albert Schweitzer, cited at the very commencement of this opinion, on the value of a greater public awareness of the illegality of nuclear weapons.

The Court needs to discharge its judicial role, declaring and clarifying the law as it is empowered and charged to do, undeterred by considerations that pertain to the political realm, which are not its concern.

---

[197] "Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons", *op. cit.*, p. 438, emphasis added.

d'utiliser des armes nucléaires veille à en choisir celles qui répondent aux critères définis dans ces conclusions.

VIII. Quelques arguments avancés pour soutenir que la Cour ne devrait pas donner l'avis consultatif sollicité

1. Un tel avis consultatif serait dépourvu d'effets pratiques

On a fait valoir que, quel que puisse être l'état du droit, la question de l'emploi des armes nucléaires est une question politique qui met en jeu des considérations politiques et qui relève d'une décision politique. C'est peut-être le cas, mais il faut se rappeler que, si politique que puisse être une question, un effort de clarification du droit, loin d'être inutile, vain ou stérile, présente toujours des avantages.

Il est important que la Cour dise le droit tel qu'il est. Une décision fondée sur une analyse correcte du droit inspirera le respect en vertu de son autorité intrinsèque. Elle contribuera à l'instauration d'un climat favorable au respect du droit. Elle renforcera l'autorité de la Cour en la faisant apparaître comme une institution qui s'acquitte de sa mission de clarification et de développement du droit, indépendamment de toute considération politique.

La décision de la Cour sur l'illicéité du système d'*apartheid* n'avait guère de chances d'être appliquée par le gouvernement mis en cause, mais elle a contribué à créer un courant d'opinion qui a démantelé ce système. Si la Cour s'était laissée arrêter par l'inutilité de ses décisions, l'*apartheid* aurait peut-être pris fin beaucoup plus tard ou même survécu. La clarification du droit est une fin en soi et pas seulement un moyen au service d'une fin. Lorsque le droit est clair, il a plus de chances d'être respecté que s'il est enveloppé d'obscurité.

On a fait valoir que, dans les domaines relevant de la «haute politique», l'influence du droit international est minime. Mais, comme l'a souligné le professeur Brownlie en réponse à cet argument, mieux vaut «proclamer une interdiction qui *risque* d'être transgressée en période de crise que de renoncer à tout effort normatif»[197].

Je tiens aussi à rappeler dans ce contexte les observations très perspicaces d'Albert Schweitzer, citées au début de la présente opinion, sur l'utilité d'une sensibilisation accrue de l'opinion publique au problème de l'illicéité des armes nucléaires.

La Cour doit s'acquitter de son rôle judiciaire, dire le droit et en préciser le contenu, comme elle a le pouvoir et la responsabilité de le faire, sans se laisser arrêter par des considérations politiques qui ne sont pas de son ressort.

---

[197] «Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons», *op. cit.*, p. 438 (les italiques sont de moi).

2. Nuclear Weapons Have Preserved World Peace

It was argued by some States contending for legality that such weapons have played a vital role in support of international security over the last fifty years, and have helped to preserve global peace.

Even if this contention were correct, it makes little impact upon the legal considerations before the Court. The threat of use of a weapon which contravenes the humanitarian laws of war does not cease to contravene those laws of war merely because the overwhelming terror it inspires has the psychological effect of deterring opponents. This Court cannot endorse a pattern of security that rests upon terror. In the dramatic language of Winston Churchill, speaking to the House of Commons in 1955, we would then have a situation where, "Safety will be the sturdy child of terror and survival the twin brother of annihilation." A global régime which makes safety the result of terror and can speak of survival and annihilation as twin alternatives makes peace and the human future dependent on terror. This is not a basis for world order which this Court can endorse. This Court is committed to uphold the rule of law, not the rule of force or terror, and the humanitarian principles of the laws of war are a vital part of the international rule of law which this Court is charged to administer.

A world order dependent upon terror would take us back to the state of nature described by Hobbes in *The Leviathan*, with sovereigns "in the posture of Gladiators; having their weapons pointing and their eyes fixed on one another . . . which is a posture of Warre"[198].

As international law stands at the threshold of another century, with over three centuries of development behind it, including over one century of development of humanitarian law, it has the ability to do better than merely re-endorse the dependence of international law on terror, thus setting the clock back to the state of nature as described by Hobbes, rather than the international rule of law as visualized by Grotius. As between the widely divergent world views of those near contemporaries, international law has clearly a commitment to the Grotian vision; and this case has provided the Court with what future historians may well describe as a "Grotian moment" in the history of international law. I regret that the Court has not availed itself of this opportunity. The failure to note the contradictions between deterrence and international law may also help to prolong the "posture of Warre" described by Hobbes, which is implicit in the doctrine of deterrence.

However, conclusive though these considerations be, the weakness of the argument that deterrence is valuable in that it has preserved world

[198] Thomas Hobbes, *The Leviathan*, ed. James B. Randall, Washington Square Press, 1970, p. 86.

2. Les armes nucléaires ont préservé la paix mondiale

Certains Etats partisans de la thèse de la licéité ont soutenu que les armes nucléaires ont servi de manière décisive la cause de la sécurité internationale pendant les cinquante dernières années et ont contribué au maintien de la paix mondiale.

Même en admettant que cet argument soit exact, il n'a guère de pertinence au regard de la question juridique dont la Cour est saisie. La menace d'emploi d'une arme en violation du droit humanitaire de la guerre ne cesse pas d'être une violation de ce droit simplement parce que la terreur insurmontable que l'arme inspire a l'effet psychologique de paralyser la partie adverse. La Cour ne peut souscrire à un système de sécurité reposant sur la terreur. Pour reprendre la saisissante formule employée par Winston Churchill devant la Chambre des communes en 1955, «la sécurité sera l'enfant vigoureux de la terreur et la survie la sœur jumelle de l'extermination». Un ordre mondial qui fait de la sécurité la conséquence de la terreur et voit dans la survie et l'extermination des choix interdépendants subordonnant la paix et l'avenir de l'homme à la terreur. Ce n'est pas un ordre mondial que la Cour peut sanctionner. La Cour doit faire prévaloir non le règne de la force et de la terreur mais l'état de droit, ainsi que les principes humanitaires du droit de la guerre qui sont un élément essentiel de l'ordre juridique international que la Cour a mission de faire respecter.

Un ordre mondial fondé sur la terreur nous ramènerait à l'état de nature décrit par Hobbes dans le *Leviathan* où les souverains «adoptent la posture de gladiateurs, tenant leurs armes à bout de bras et s'affrontant du regard ... c'est-à-dire une posture belliqueuse»[198].

Le droit international, arrivant à l'aube d'un nouveau siècle et comptant plus de trois siècles de développement, dont plus d'un siècle de développement du droit humanitaire, peut faire mieux que de réaffirmer la sujétion du droit international à la terreur, ce qui marquerait un retour à l'état de nature décrit par Hobbes et non la reconnaissance de la primauté du droit international prônée par Grotius. En présence de deux visions du monde aussi dissemblables bien qu'émanant de deux auteurs quasi contemporains, le droit international doit manifestement opter pour celle de Grotius et la présente affaire a fourni à la Cour l'occasion d'écrire ce que les historiens de demain appelleront peut-être une «page de Grotius» dans l'histoire du droit international. Je regrette que la Cour n'ait pas saisi cette occasion. Le silence qu'elle a gardé sur les contradictions entre la dissuasion et le droit international risque en outre de perpétuer la «posture belliqueuse», évoquée par Hobbes, qui est implicite dans la doctrine de la dissuasion.

Si décisives que soient les considérations qui précèdent pour réfuter l'argument selon lequel la dissuasion a eu le mérite de préserver la paix

[198] Thomas Hobbes, *The Leviathan*, éd. James B. Randall, Washington Square Press, 1970, p. 86.

peace does not end here. It is belied by the facts of history. It is well documented that the use of nuclear weapons has been contemplated more than once during the past 50 years. Two of the best-known examples are the Cuban Missile Crisis (1962) and the Berlin Crisis (1961). To these, many more could be added from well-researched studies upon the subject[199]. The world has on such occasions been hovering on the brink of nuclear catastrophe and has, so to speak, held its breath. In these confrontations, often a test of nerves between those who control the nuclear button, anything could have happened, and it is humanity's good fortune that a nuclear exchange has not resulted. Moreover, it is incorrect to speak of the nuclear weapon as having saved the world from wars, when well over 100 wars, resulting in 20 million deaths, have occurred since 1945[200]. Some studies have shown that since the termination of World War II, there have been armed conflicts around the globe every year, with the possible exception of 1968[201], while more detailed estimates show that in the 2,340 weeks between 1945 and 1990, the world enjoyed a grand total of only three that were truly war-free[202].

It is true there has been no global conflagration, but the nuclear weapon has not saved humanity from a war-torn world, in which there exist a multitude of flashpoints with the potential of triggering the use of nuclear weapons if the conflict escalates and the weapons are available. Should that happen, it would bring "untold sorrow to mankind" which it was the primary objective of the United Nations Charter to prevent.

IX. Conclusion

1. The Task before the Court

Reference has been made (in Section VI.3 of this opinion) to the wide variety of groups that have exerted themselves in the anti-nuclear cause — environmentalists, professional groups of doctors, lawyers, scientists, performers and artists, parliamentarians, women's organizations, peace groups, students' federations. They are too numerous to mention. They come from every region and every country.

---

[199] For example, *The Nuclear Predicament: A Sourcebook*, D. U Gregory (ed.), 1982.

[200] Ruth Sivard, in *World Military and Social Expenditures, World Priorities*, 1993, p. 20, counts 149 wars and 23 million deaths during this period.

[201] See Charles Allen, *The Savage Wars of Peace: Soldiers' Voices 1945-1989*, 1989.

[202] Alvin and Heidi Toffler, *War and Anti-War: Survival at the Dawn of the 21st Century*, 1993, p. 14.

mondiale, il y a plus encore. L'argument est infirmé par l'histoire. Il est établi que le recours aux armes nucléaires a été envisagé plus d'une fois au cours des cinquante dernières années. Parmi les exemples les plus connus figure la crise des missiles de Cuba (1962) et la crise de Berlin (1961). A ces deux exemples on pourrait en ajouter beaucoup d'autres, puisés dans des études bien documentées sur le sujet[199]. Le monde a, en chacune de ces occasions, frisé la catastrophe nucléaire et, pour ainsi dire, retenu son souffle. Tout aurait pu arriver lors de ces confrontations où ceux qui contrôlent le bouton nucléaire se sont souvent trouvés engagés dans une guerre des nerfs et l'humanité a eu la chance d'échapper à des échanges nucléaires. C'est de surcroît une erreur de dire que l'arme nucléaire a sauvé le monde de la guerre puisqu'on dénombre, depuis 1945, plus d'une centaine de guerres qui ont fait vingt millions de morts[200]. Certaines études démontrent que, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, il n'y a pas eu une seule année, sauf peut-être 1968, qui n'ait été marquée par des conflits armés en divers points du globe[201] et des enquêtes plus détaillées révèlent que sur les deux mille trois cent quarante semaines qui se sont écoulées entre 1945 et 1990, il n'y en a eu que trois où le monde a vraiment été exempt de tout conflit[202].

Sans doute n'y a-t-il pas eu de conflagration mondiale, mais l'arme nucléaire n'a pas marqué la fin d'un monde déchiré par la guerre et semé de foyers de tension susceptibles de conduire, en cas d'intensification du conflit et si les moyens sont disponibles, à l'emploi des armes nucléaires. Ainsi seraient infligées à l'humanité «les indicibles souffrances» que la Charte des Nations Unies avait pour but principal de lui épargner.

IX. Conclusion

1. La tâche de la Cour

On a rappelé (à la section VI, paragraphe 3, de la présente opinion) que le mouvement antinucléaire a mobilisé les efforts de groupements très divers — associations d'écologistes, de médecins, de juristes, de savants, d'artistes-interprètes, de parlementaires ou de pacifistes, organisations féminines, fédérations d'étudiants — trop nombreux pour qu'on puisse les mentionner. Il sont présents dans tous les pays et dans toutes les régions.

---

[199] Par exemple, *The Nuclear Predicament: A Sourcebook*, D. U. Gregory (dir. publ.), 1982.

[200] Ruth Sivard, dans *World Military and Social Expenditures, World Priorities*, 1993, p. 20, dénombre cent quarante-neuf guerres et vingt-trois millions de morts.

[201] Voir Charles Allen, *The Savage Wars of Peace: Soldiers' Voices 1945-1989*, 1989.

[202] Alvin et Heidi Toffler, *War and Anti-War: Survival at the Dawn of the 21st Century*, 1993, p. 14.

There are others who have maintained the contrary for a variety of reasons.

Since no authoritative statement of the law has been available on the matter thus far, an appeal has now been made to this Court for an opinion. That appeal comes from the world's highest representative organization on the basis that a statement by the world's highest judicial organization would be of assistance to all the world in this all-important matter.

This request thus gives the International Court of Justice a unique opportunity to make a unique contribution to this unique question. The Opinion rendered by the Court has judicially established certain important principles governing the matter for the first time. Yet it does not go to the full extent which I think it should have.

In this opinion I have set down my conclusions as to the law. While conscious of the magnitude of the issues, I have focused my attention on the law as it *is* — on the numerous principles worked out by customary international law, and humanitarian law in particular, which cover the particular instances of the damage caused by nuclear weapons. As stated at the outset, my considered opinion on this matter is that the use or threat of use of nuclear weapons is incompatible with international law and with the very foundations on which that system rests. I have sought in this opinion to set out my reasons in some detail and to state why the use or threat of use of nuclear weapons is absolutely prohibited by *existing* law — *in all circumstances and without reservation.*

It comforts me that these legal conclusions accord also with what I perceive to be the moralities of the matter and the interests of humanity.

2. The Alternatives before Humanity

To conclude this opinion, I refer briefly to the Russell-Einstein Manifesto, issued on 9 July 1955. Two of the most outstanding intellects of this century, Bertrand Russell and Albert Einstein, each of them specially qualified to speak with authority of the power locked in the atom, joined a number of the world's most distinguished scientists in issuing a poignant appeal to all of humanity in connection with nuclear weapons. That appeal was based on considerations of rationality, humanity and concern for the human future. Rationality, humanity and concern for the human future are built into the structure of international law.

International law contains within itself a section which particularly concerns itself with the humanitarian laws of war. It is in the context of that particular section of that particular discipline that this case is set. It is an area in which the concerns voiced in the Russell-Einstein Manifesto resonate with exceptional clarity.

D'autres milieux ont adopté une opinion contraire pour des raisons diverses.

Comme aucune voix autorisée ne s'est jusqu'à présent prononcée sur l'état du droit dans ce domaine, la Cour a été invitée à donner un avis consultatif. Cette invitation lui a été adressée par l'institution la plus représentative du monde, motivée par la conviction que l'instance judiciaire suprême de la planète pouvait, en se prononçant sur cette question capitale, être d'un grand secours à l'humanité.

La demande qui a été soumise à la Cour lui a donné l'occasion d'apporter une contribution exceptionnelle au sujet d'une question exceptionnelle. L'avis donné par la Cour a permis de définir sur le plan judiciaire certains principes importants applicables à la question pour la première fois. Pourtant, la Cour n'est pas, selon moi, allée aussi loin qu'elle l'aurait dû.

Dans la présente opinion dissidente, j'ai exposé mes conclusions touchant l'état du droit. Bien que conscient de l'ampleur des problèmes en jeu, je m'en suis tenu au droit *tel qu'il est* — aux nombreux principes dégagés par le droit international coutumier et, plus spécialement, au droit humanitaire qui couvre les diverses formes de dommages causés par les armes nucléaires. Comme je l'ai dit au début, je considère, après avoir mûrement réfléchi, que l'emploi et la menace d'emploi des armes nucléaires sont incompatibles avec le droit international et avec les fondements sur lesquels il repose. J'ai voulu dans la présente opinion exposer mes raisons de manière assez détaillée et préciser pourquoi l'utilisation ou la menace d'utilisation des armes nucléaires sont totalement interdites — *sans réserve et en toutes circonstances* — par le droit *existant*.

Il m'est réconfortant de voir que ces conclusions juridiques s'accordent avec ce que je crois être les exigences de la morale et les intérêts de l'humanité.

2. Les options qui s'offrent à l'humanité

En conclusion, je voudrais évoquer brièvement le manifeste Russell-Einstein, publié le 9 juillet 1955. Deux des plus grands intellectuels de ce siècle, Bertrand Russell et Albert Einstein, l'un et l'autre particulièrement qualifiés pour parler d'une voix autorisée de la puissance que recèle l'atome ont, avec quelques-uns des plus éminents savants du monde, lancé un appel poignant au monde entier au sujet des armes nucléaires. Cet appel était dicté par la raison, par l'humanité et par le souci du sort de l'espèce humaine. Raison, humanité et souci du sort de l'espèce humaine font partie intégrante du droit international.

Le droit international comporte une branche qui s'intéresse spécialement au droit humanitaire de la guerre. C'est dans la perspective de cette branche du droit que se situe la présente affaire — une perspective dans laquelle les préoccupations reflétées dans le manifeste Russell-Einstein prennent un relief particulier.

Here are extracts from that appeal:

> "No one knows how widely such lethal radioactive particles may be diffused, but the best authorities are unanimous in saying that a war with H-bombs might possibly put an end to the human race . . .
>
> . . . We appeal, as human beings, to human beings: Remember your humanity, and forget the rest. If you can do so, the way lies open to a new Paradise; if you cannot, there lies before you the risk of universal death."

Equipped with the necessary array of principles with which to respond, international law could contribute significantly towards rolling back the shadow of the mushroom cloud, and heralding the sunshine of the nuclear-free age.

No issue could be fraught with deeper implications for the human future, and the pulse of the future beats strong in the body of international law. This issue has not thus far entered the precincts of international tribunals. Now that it has done so for the first time, it should be answered — convincingly, clearly and categorically.

(Signed) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

Voici des extraits de cet appel:

> «Nul ne sait dans quel rayon se diffuseraient ces particules radioactives létales mais les autorités les plus dignes de foi conviennent unanimement qu'une guerre faisant intervenir des bombes H pourrait mettre fin à la race humaine...
>
> ... Nous lançons, en tant qu'êtres humains, un appel aux êtres humains: rappelez-vous votre condition d'être humain et oubliez le reste. Si vous y parvenez, vous verrez s'ouvrir devant vous la voie d'un nouvel éden; sinon, vous devrez affronter le risque d'un anéantissement universel.»

Muni de l'arsenal de principes nécessaires, le droit international pourrait puissamment contribuer à dissiper l'ombre du champignon nucléaire et à faire lever l'aube éclatante d'une ère dénucléarisée.

Il n'est pas de question qui soit plus lourde de conséquences pour l'avenir de l'humanité et les contours de cet avenir transparaissent clairement dans la trame du droit international. Cette question n'avait pas jusqu'à présent été inscrite au rôle d'un tribunal international. Maintenant qu'elle l'a été, et pour la première fois, il faut y répondre fermement, clairement et catégoriquement.

(Signé) Christopher Gregory WEERAMANTRY.

Appendix

(Demonstrating danger to neutral States)

COMPARISON OF THE EFFECTS OF BOMBS

A — Lethal area from the blast wave of the blockbusters used in the Second World War.

B — Lethal area from the blast wave of the Hiroshima bomb.

C — Lethal area from the blast wave of a 1-Mt bomb.

D — Lethal area for fallout radiation from a 1-Mt bomb.

Appendice

(Le risque encouru par les Etats neutres)

COMPARAISON DES EFFETS DES BOMBES

A — Zone mortelle pour l'onde de choc des bombes géantes *(blockbusters)* utilisées pendant la seconde guerre mondiale.

B — Zone mortelle pour l'onde de choc de la bombe d'Hiroshima.

C — Zone mortelle pour l'onde de choc d'une bombe de 1 Mt.

D — Zone rendue mortelle par les retombées radioactives d'une bombe de 1 Mt.

DISSENTING OPINION OF JUDGE KOROMA

It is a matter of profound regret to me that I have been compelled to append this dissenting opinion to the Advisory Opinion rendered by the Court, as I fundamentally disagree with its finding — secured by the President's casting vote — that:

> "in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively *whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake*" (paragraph 2 E, second sentence, of the *dispositif*; emphasis added).

This finding, in my considered opinion, is not only unsustainable on the basis of existing international law, but, as I shall demonstrate later, is totally at variance with the weight and abundance of material presented to the Court. The finding is all the more regrettable in view of the fact that the Court had itself reached a conclusion that:

> "the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law" (*ibid.*, first sentence).

A finding with which I concur, save for the word "generally". It is my considered opinion based on the existing law and the available evidence that the use of nuclear weapons in any circumstance would be unlawful under international law. That use would at the very least result in the violation of the principles and rules of international humanitarian law, and would therefore be contrary to that law.

I am also unable to agree with various aspects of the reasoning which motivates the Advisory Opinion. Some of it, in my view, is not only untenable in law, but may even have the effect of potentially destabilizing the existing international legal order.

According to the material before the Court, it is estimated that more than 40,000 nuclear warheads exist in the world today with a total destructive capacity around a million times greater than that of the bomb which devastated Hiroshima. A single nuclear bomb detonated over a large city is said to be capable of killing more than 1 million people. These weapons, if used massively, could result in the annihilation of the human race and the extinction of human civilization. Nuclear weapons

OPINION DISSIDENTE DE M. KOROMA

[Traduction]

Je regrette vivement d'être dans l'obligation de joindre cette opinion dissidente à l'avis consultatif donné par la Cour car je suis fondamentalement en désaccord avec la conclusion à laquelle la Cour est parvenue — grâce à la voix prépondérante du Président — et aux termes de laquelle:

> «Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que *la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause.*» (Paragraphe 2 du dispositif, alinéa E, deuxième phrase; les italiques sont de moi.)

Après avoir mûrement réfléchi, j'estime que non seulement cette conclusion est insoutenable eu égard au droit international existant, mais qu'elle est aussi, comme je le démontrerai plus loin, en complète contradiction avec les nombreux éléments faisant autorité qui ont été présentés à la Cour. Cette déclaration est d'autant plus regrettable que la Cour était elle-même parvenue à la conclusion que:

> «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire» (*ibid.*, première phrase).

J'approuve cette conclusion, sauf le mot «généralement». Tout bien considéré, mon opinion, fondée sur le droit existant et les éléments de preuve dont on dispose, est que l'emploi d'armes nucléaires serait illicite en toute circonstance au regard du droit international. Cet emploi constituerait à tout le moins une violation des principes et règles du droit international humanitaire et serait donc contraire à ce droit.

Je ne peux non plus souscrire à divers aspects des motifs sur lesquels s'appuie l'avis consultatif. Certains, d'après moi, sont indéfendables en droit et risquent même de déstabiliser l'ordre juridique international existant.

Selon la documentation dont la Cour a été saisie, on estime qu'il y a aujourd'hui dans le monde plus de quarante mille ogives nucléaires et que leur capacité totale de destruction est environ un million de fois plus forte que celle de la bombe qui a ravagé Hiroshima. On dit qu'une seule bombe atomique explosant au-dessus d'une grande ville pourrait tuer plus de un million de personnes. Utilisées massivement, ces armes pourraient entraîner l'anéantissement de la race humaine et l'extinction de la civilisation.

are thus not just another kind of weapon, they are considered the absolute weapon and are far more pervasive in terms of their destructive effects than any conventional weapon. A request for an advisory opinion asking for a determination about the lawfulness or otherwise of the use of such weapons is a matter which, in my considered opinion, this Court as a court of law and the guardian of legality in the United Nations system should be capable of making.

While it is admitted that the views of States are divided on the question of nuclear weapons, as well as about their possible consequences, views are also divided as to whether the Court should have been asked to render an opinion on the matter at all. However, the Court, having found that the General Assembly was competent to ask the question and in the absence of any "compelling reason" relating to propriety or to any issue that would compromise its judicial character, should have performed its judicial function in accordance with Article 38 of its Statute and determined the question, "in accordance with international law", by simultaneously applying international conventions, international custom as established rules recognized by States or as evidence of general practice accepted as law or the general principles of law recognized by all States, the judicial decisions of the Court and resolutions of international organizations, at a minimum as evidence of the law.

In my view, the prevention of war, by the use of nuclear weapons, is a matter for international law and, if the Court is requested to determine such an issue, it falls within its competence to do so. Its decision can contribute to the prevention of war by ensuring respect for the law. The Court in the *Corfu Channel* case described as its function the need to "ensure respect for international law, of which it is the organ" (*I.C.J. Reports 1949*, p. 35). The late Judge Nagendra Singh, a former Member and President of this Court, commenting on that statement, observed that it was made by the Court without reference to the United Nations Charter or to its own Statute. He observed that "the Court has thus to be conscious of this fact, as something inherent to its existence in relation to the law which it administers" (*The Role and Record of the International Court of Justice*, p. 173). Today a system of war prevention exists in international law, and comprises the prohibition of the use of force, the collective security provisions of the United Nations Charter for the maintenance of international peace, the obligation to resort to peaceful means for the settlement of international disputes and the regulations on weapons prohibition, arms limitation and disarmament. The Court's Advisory Opinion in this case could have strengthened this régime by serving as a shield of humanity.

In my view, it is wholly incoherent in the light of the material before the Court to say that it cannot rule definitively on the matter now before it in view of the current state of the law and because of the elements of facts at its disposal, for neither the law nor the facts are so imprecise or

Les armes nucléaires ne sont pas simplement des armes d'un autre genre; elles sont considérées comme l'arme absolue et leurs effets destructeurs sont beaucoup plus étendus que ceux de toute arme classique. La demande d'avis consultatif sur la question de savoir si l'emploi de telles armes est licite ou non est une question à laquelle, selon moi, tout bien réfléchi, la Cour en tant que tribunal et en tant que garante du droit dans le système des Nations Unies devrait être capable de répondre.

Si les Etats ont des positions divergentes sur la question des armes nucléaires, tout comme sur leurs conséquences éventuelles, ils ont aussi des positions divergentes sur le point de savoir si la Cour aurait dû être saisie d'une demande d'avis consultatif en la matière. Quoi qu'il en soit, ayant décidé que l'Assemblée générale avait compétence pour poser la question et qu'il n'y avait aucune «raison décisive», tenant à l'opportunité ou à un risque de compromettre son caractère judiciaire, de ne pas donner cet avis, la Cour aurait dû s'acquitter de sa fonction judiciaire conformément à l'article 38 de son Statut et trancher la question «conformément au droit international», en appliquant simultanément les conventions internationales et la coutume internationale en tant que règles établies, reconnues par les Etats, ou comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, ou bien les principes généraux de droit reconnus par tous les Etats, les décisions judiciaires de la Cour et les résolutions d'organisations internationales, au moins comme preuves du droit.

A mon avis, la prévention de la guerre, par l'emploi d'armes nucléaires, relève du droit international et, si la Cour est invitée à trancher une question de ce genre, elle a compétence pour le faire. En assurant le respect du droit, sa décision peut contribuer à prévenir une guerre. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour a dit qu'elle avait pour fonction d'«assurer l'intégrité du droit international dont elle est l'organe» (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 35). Commentant cette formule, M. Nagendra Singh, ancien membre et ancien Président de la Cour, aujourd'hui décédé, a fait observer, à propos de cette déclaration, que la Cour ne s'était pas référée à la Charte des Nations Unies ou à son propre Statut. Il a ajouté que «la Cour doit ainsi avoir conscience de ce fait, comme de quelque chose d'inhérent à son existence, lié au droit qu'elle applique». (*The Role and Record of the International Court of Justice*, p. 173). Aujourd'hui il existe un système de prévention de la guerre en droit international dont les éléments sont l'interdiction du recours à la force, les dispositions de la Charte des Nations Unies relatives à la sécurité collective et visant au maintien de la paix internationale, l'obligation de recourir à des moyens pacifiques pour régler les différends internationaux et les réglementations touchant l'interdiction des armes, à la limitation des armements et au désarmement. L'avis consultatif de la Cour en l'espèce aurait pu renforcer ce régime en offrant une protection à l'humanité.

Compte tenu des données dont la Cour était saisie, il est parfaitement illogique, selon moi, qu'elle dise ne pas pouvoir se prononcer de façon définitive sur la question posée au vu de l'état actuel du droit ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, car ni le droit ni les faits ne sont

inadequate as to prevent the Court from reaching a definitive conclusion on the matter. On the other hand, the Court's findings could be construed as suggesting either that there is a gap, a lacuna, in the existing law or that the Court is unable to reach a definitive conclusion on the matter because the law is imprecise or its content insufficient or that it simply does not exist. It does not appear to me any new principles are needed for a determination of the matter to be made. All that was requested of the Court was to apply the existing law. A finding of *non liquet* is wholly unfounded in the present case. The Court has always taken the view that the burden of establishing the law is on the Court and not on the Parties. The Court has stated that:

> "there is no incompatibility with its judicial function in making a pronouncement on the rights and duties of the Parties under existing international law which would clearly be capable of having a forward reach . . . The possibility of the law changing is ever present: but that cannot relieve the Court from its obligation to render a judgment on the basis of the law as it exists at the time of its decision . . ." (*Fisheries Jurisdiction, Merits, I.C.J. Reports 1974*, p. 19, para. 40.)

The *corpus juris* on the matter is not only considerable, but is sufficiently clear and precise for the Court to have been able to make a definitive finding. If the Court had applied the whole spectrum of the law, including international conventions, rules of customary international law, general principles of international law, judicial decisions, as well as resolutions of international organizations, there would have been no room for a purported finding of *non liquet*.

Furthermore, all States — both the nuclear-weapon and non-nuclear-weapon States — are agreed that the rules of international law applicable in armed conflict, particularly international humanitarian law, apply to the use of nuclear weapons. This law, which has been formulated and codified to restrict the use of various weapons and methods of warfare, is intended to limit the terrible effects of war. Central to it is the principle of humanity which above all aims to mitigate the effects of war on civilians and combatants alike. It is this law which also establishes a régime on the basis of which the methods and means of warfare are to be judged. Accordingly, it would seem apposite and justifiable for the effects of a conflict involving nuclear weapons — regarded as the ultimate weapon of mass destruction — to be judged against the standards of such a régime.

Despite its findings, the Court has itself recognized that the law of armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law — would apply to a conflict involving the use of nuclear weapons. It follows that the Court's finding that it cannot conclude definitively

imprécis ou insuffisants au point de l'empêcher de parvenir à une conclusion définitive en la matière. On pourrait aussi interpréter la déclaration de la Cour comme donnant à entendre soit qu'il y a un vide, ou une lacune, dans le droit existant soit que la Cour n'est pas en mesure de parvenir à une conclusion définitive en la matière parce que le droit est imprécis, que son contenu est insuffisant ou que simplement il n'existe pas. Il ne me semble pas que l'on ait besoin de principes nouveaux pour statuer sur cette question. Tout ce que l'on demandait à la Cour était d'appliquer le droit existant. Une déclaration de *non liquet* est dépourvue de tout fondement en l'espèce. La Cour a toujours été d'avis que c'est à elle et non aux parties qu'il incombe d'établir ce qu'est le droit. La Cour a déclaré:

> «qu'il n'est nullement incompatible avec sa fonction judiciaire de statuer sur les droits et les devoirs des Parties au regard du droit international existant d'une manière qui pourrait avoir manifestement un effet dans l'avenir ... La possibilité d'une modification du droit existe toujours mais cela ne saurait décharger la Cour de son obligation de statuer sur la base du droit tel qu'il existe au moment où elle rend sa décision.» (*Compétence en matière de pêcheries, fond, C.I.J. Recueil 1974*, p. 19, par. 40.)

Non seulement le *corpus juris* en la matière est considérable mais encore il est suffisamment clair et précis pour permettre à la Cour de se prononcer de façon définitive. Si la Cour avait appliqué le droit dans son intégralité — y compris les conventions internationales, les règles de droit international coutumier, les principes généraux de droit international, les décisions judiciaires ainsi que les résolutions des organisations internationales — il n'y aurait pas eu lieu de prononcer ce qui revient à un *non liquet*.

En outre, tous les Etats — aussi bien les Etats dotés de l'arme nucléaire que ceux qui ne la possèdent pas — reconnaissent que les règles de droit international applicable dans les conflits armés, spécialement le droit international humanitaire, s'appliquent à l'emploi d'armes nucléaires. Ce droit, qui a été formulé et codifié pour restreindre le recours à certaines armes et à certaines méthodes de guerre, vise à limiter les terribles effets de la guerre. Il repose principalement sur le principe d'humanité qui tend avant tout à atténuer les conséquences des hostilités pour les civils comme pour les combattants. Ce droit établit aussi un régime sur la base duquel doivent être jugés les moyens et les méthodes de guerre. En conséquence, il semblerait approprié et justifiable que les effets d'un conflit où seraient employées des armes nucléaires — considérées comme les armes ultimes de destruction massive — soient jugés selon les normes régissant un tel régime.

En dépit de ses conclusions, la Cour considère elle-même que le droit des conflits armés et en particulier les principes et les règles du droit humanitaire s'appliqueraient dans un conflit où l'arme nucléaire serait employée. Il s'ensuit que la déclaration de la Cour selon laquelle elle ne

whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake, is a contradiction and can at best be described as the identification of two principles, namely, the obligation to comply with the principles and rules of international law applicable in armed conflict and the right of a State to self-defence including when it considers its very survival to be at stake. These principles are not mutually exclusive and are recognized in international law. However, it has been argued that when the Court is faced with two competing principles or rights, it should jurisprudentially assign a priority to one of them and cause it to prevail. In the opinion of Sir Hersch Lauterpacht, even though the margin of preference for giving a priority to one principle over another may be small, yet, however tenuous, that margin must be decisive. He admits that judicial action along this line may in some respects be indistinguishable from judicial legislation. However, he argues, the Court "may have to effect a compromise — which is not a diplomatic but a legitimate judicial compromise — between competing principles of law", and concludes that:

> "there is no decisive reason why the Court should avoid at all cost some such outcome. It is in accordance with the true function of the Court that the dispute submitted to it should be determined by its own decision and not by the contingent operation of an attitude of accommodation on the part of the disputants. There is an embarrassing anticlimax, which is not legally irrelevant, in a situation in which the Court, after prolonged written and oral pleadings, is impelled to leave the settlement of the actual issue to . . . the parties." (*The Development of International Law by the International Court*, p. 146.)

The suggestion that it should be left to individual States to determine whether or not it may be lawful to have recourse to nuclear weapons is not only an option fraught with serious danger, both for the States that may be directly involved in conflict, and for those nations not involved, but may also suggest that such an option is not legally reprehensible. Accordingly, the Court, instead of leaving it to each State to decide whether or not it would be lawful or unlawful to use nuclear weapons in an extreme circumstance of "State survival", should have determined whether or not it is permissible to use nuclear weapons even in a case involving the survival of the State. The question put to the Court is whether it is lawful to use nuclear weapons and is not about the survival of the State, which is what the Court's reply turned on. If the Court had correctly interpreted the question this would not only have had the effect of declaring the law regarding the use of nuclear weapons but could well have deterred the use of such weapons. Regrettably, the Court refrained not only from performing its judicial function, but, by its "non-finding", appears to have made serious inroads into the present legal

peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause comporte une contradiction et que l'on peut y voir au mieux l'exposé de deux principes, à savoir l'obligation de respecter les principes et les règles du droit international applicable dans les conflits armés et le droit de légitime défense des Etats notamment quand ils estiment que leur survie même est en jeu. Ces principes ne s'excluent pas mutuellement et sont reconnus en droit international. On a soutenu néanmoins que, lorsque la Cour se trouve en présence de deux principes ou droits antagoniques, elle devrait en s'appuyant sur la doctrine attribuer la priorité à l'un des deux et reconnaître sa primauté. De l'avis de sir Hersch Lauterpacht, même si la primauté d'un principe sur l'autre résulte d'une légère préférence pour l'un des deux principes, cette préférence, si faible soit-elle, est décisive. Il admet qu'une action du juge en ce sens peut être à certains égards impossible à distinguer d'une législation judiciaire. Toutefois, soutient-il, la Cour «peut avoir à réaliser un compromis — non pas un compromis diplomatique mais un compromis judiciaire légitime — entre des principes de droit antagoniques» et il conclut:

> «il n'y a pas de raison décisive pour que la Cour évite à tout prix une telle issue. Il est conforme à la véritable fonction de la Cour que le différend qui lui est soumis soit tranché par sa propre décision et non par l'action aléatoire de parties désirant un accommodement. Lorsque, après une longue procédure écrite et orale, la Cour est obligée de laisser le règlement du problème ... aux parties, il en résulte une déception embarrassante, qui juridiquement n'est pas sans pertinence.» (*The Development of International Law by the International Court*, p. 146.)

L'idée selon laquelle il faudrait que chaque Etat détermine lui-même s'il peut être licite ou non de recourir à l'arme nucléaire ne correspond pas seulement à une option lourde de graves dangers pour les Etats qui pourraient être directement engagés dans un conflit comme pour les Etats qui ne le seraient pas, mais peut amener à penser que cette option n'est pas répréhensible en droit. Par conséquent, au lieu de laisser à chaque Etat le soin de décider s'il serait licite ou illicite d'employer des armes nucléaires dans une circonstance extrême mettant en jeu sa «survie», la Cour aurait dû dire s'il est permis d'utiliser des armes nucléaires même dans un cas où la survie de l'Etat serait en cause. La question posée à la Cour est de savoir s'il est licite d'utiliser des armes nucléaires et non celle de la survie de l'Etat, sur laquelle repose la réponse donnée par la Cour. Si celle-ci avait bien interprété la question, non seulement elle aurait été amenée à dire le droit en ce qui concerne l'emploi d'armes nucléaires, mais elle aurait fort bien pu dissuader les Etats d'employer de telles armes. Malheureusement la Cour ne s'est pas seulement abstenue d'exercer sa fonction judiciaire; mais en ne prenant pas position, elle semble réduire gra-

restraints relating to the use of nuclear weapons, while throwing the régime of self-defence into doubt by creating a new category called the "survival of the State", seen as constituting an exception to Articles 2, paragraph 4, and 51 of the United Nations Charter and to the principles and rules of humanitarian law. In effect, this kind of restraint would seem to be tantamount to judicial legislation at a time when the Court has itself — rightly in my view — recognized that it "cannot legislate", and, that

> "in the circumstances of the present case, *it is not* called upon *to do so*. Rather its task is to engage in its normal judicial function of ascertaining the existence or otherwise of legal principles and rules applicable to the threat or use of nuclear weapons." (Advisory Opinion, para. 18; emphasis added.)

However, just after reaffirming this self-denying ordinance, the Court went on to do just that by proclaiming that it cannot conclude definitively whether or not the threat or use of nuclear weapons would be "lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very *survival of a State* would be at stake", given the current state of international law and the elements of fact at its disposal (paragraph 2 E of the *dispositif*; emphasis added). This finding, with respect, is not only untenable in law but legally superfluous. The right of self-defence is inherent and fundamental to all States. It exists within and not outside or above the law. To suggest that it exists outside or above the law is to render it probable that force may be used unilaterally by a State when it by itself considers its survival to be at stake. The right of self-defence is not a licence to use force; it is regulated by law and was never intended to threaten the security of other States.

Thus the Court's finding does not only appear tantamount to judicial legislation which undermines the régime of the non-use of force as enshrined in Article 2, paragraph 4, of the Charter, and that of self-defence as embodied in Article 51, but the doctrine of the survival of the State represents a throwback to the law before the adoption of the United Nations Charter and is even redolent of a period long before that. Grotius, writing in the seventeenth century, stated that: "[t]he right of self-defence . . . has its origin directly, and chiefly, in the fact that nature commits to each his own protection" (*De Jure Belli Ac Pacis*, Book II, Chap. I, Part III, at p. 172 (Carnegie Endowment trans. 1925) (1646)). Thus, the Court's finding would appear to be tantamount to according to each State the exclusive right to decide for itself to use nuclear weapons when its survival is at stake as that State perceives it — a decision subjected neither to the law nor to third party adjudication. When Lauterpacht had to consider a similar situation following the conclusion of the

vement la portée des restrictions juridiques auxquelles est soumise actuellement l'utilisation des armes nucléaires, tout en jetant le doute sur le régime de la légitime défense en créant une catégorie nouvelle de circonstance dénommée la «survie de l'Etat», qui constituerait une exception à l'article 2, paragraphe 4, et à l'article 51 de la Charte des Nations Unies ainsi qu'aux principes et aux règles du droit humanitaire. En fait, une position aussi retenue pourrait bien être assimilée à une législation judiciaire alors que la Cour elle-même a indiqué, à juste titre selon moi, qu'elle ne saurait «légiférer» et que

> «dans les circonstances de l'espèce, elle *n'est nullement* appelée à *le faire*. Il lui appartient seulement de s'acquitter de sa fonction judiciaire normale en s'assurant de l'existence ou de la non-existence de principes et de règles juridiques applicables à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires.» (Avis consultatif, par. 18; les italiques sont de moi.)

Néanmoins, juste après avoir réaffirmé cette position, la Cour donne son avis en proclamant qu'elle ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait «licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle *la survie* même *d'un Etat* serait en cause», vu l'état actuel du droit international et des éléments de fait dont elle disposait (paragraphe 2 du dispositif, alinéa E; les italiques sont de moi). Qu'il me soit permis de dire que cette déclaration n'est pas seulement insoutenable en droit, elle est aussi juridiquement superflue. Le droit de légitime défense est un droit inhérent et fondamental que possèdent tous les Etats. Il existe dans le droit et non en dehors ou au-dessus du droit. Dire qu'il est en dehors ou au-dessus du droit, c'est rendre probable l'utilisation unilatérale de la force par un Etat quand lui-même et lui seul considère que sa survie est en jeu. Le droit de légitime défense n'est pas une simple autorisation de recourir à la force, il est réglementé par le droit et il n'a jamais eu pour objet de menacer la sécurité d'autres Etats.

Ainsi non seulement la conclusion de la Cour semble pouvoir être assimilée à une législation judiciaire, sapant ainsi le régime du non-recours à la force tel qu'il est énoncé à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte et celui de la légitime défense que consacre l'article 51, mais encore la doctrine de la survie de l'Etat représente un recul par rapport au droit qui a précédé l'adoption de la Charte des Nations Unies et rappelle une période bien antérieure. Grotius, qui écrivait au XVII[e] siècle, a dit: «le droit de légitime défense ... tire son origine directement et principalement du fait que la nature confie à chacun le soin de sa propre protection» (*De jure belli ac pacis*, 1646, livre II, chap. I, partie III). La conclusion de la Cour revient, semble-t-il, à attribuer à chaque Etat le droit exclusif de décider seul de l'emploi de l'arme nucléaire quand sa survie, telle qu'il la perçoit, est en cause et cette décision n'est soumise ni au droit ni au jugement d'un tiers. Quand, après la conclusion du pacte Briand-Kellogg de 1928, Lauterpacht a eu à examiner une situation similaire où les Etats en

Briand-Kellogg Pact of 1928, according to which the participating States declared that a State claiming the right of self-defence "alone is competent to decide whether circumstances require recourse to war in self-defence", he found such a claim to be "self-contradictory in as much as it purports to be based on legal right and at the same time, it dissociates itself from regulations and evaluation of the law". While he acknowledged the right of self-defence as "absolute" in the sense that no law could disregard it, Lauterpacht however maintained that the right is "relative" in as much as it is presumably regulated by law. "It is regulated to the extent that it is the business of the Courts to determine whether, how far, and for how long, there was a necessity to have recourse to it." (*The Function of Law in the International Community*, pp. 179-180.)

As already stated, the Court's present finding represents a challenge to some of the fundamental precepts of existing international law including the proscription of the use of force in international relations and the exercise of the right of self-defence. That the Court cannot decide definitively whether the use of nuclear weapons would be lawful or unlawful when the survival of the State is at stake is a confirmation of the assertion that the survival of that State is not only not a matter for the law but that a State, in order to ensure its survival, can wipe out the rest of humanity by having recourse to nuclear weapons. In its historical garb "of the fundamental right of self-preservation", such a right was used in the past as a pretext for the violation of the sovereignty of other States. Such acts are now considered unlawful under contemporary international law. The International Military Tribunal at Nuremberg in 1946 rejected the argument that the State involved had acted in self-defence and that every State must be the judge of whether, in a given case, it is entitled to decide whether to exercise the right of self-defence. The Tribunal held that "whether action taken under the claim of self-defence was in fact aggressive or defensive must ultimately be subject to investigation or adjudication if international law is ever to be enforced" (Judgment of the International Military Tribunal at Nuremberg, 1946, *Trial of German Major War Criminals before the International Military Tribunal*, 1947, Vol. I, p. 208).

Similarly, this Court, in the *Nicaragua* case, rejected the assertion that the right of self-defence is not subject to international law. While noting that Article 51 of the United Nations Charter recognizes a "natural" or "inherent" right of self-defence, it stated that "it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed by the Charter" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), I.C.J. Reports 1986*, p. 94). By its present findings, the Court would appear to be departing from its own jurisprudence by saying that it cannot determine conclusively whether or not it would be lawful for a State to use nuclear weapons.

Be that as it may, it is not as if the Court was compelled to reach such

cause alléguaient qu'un Etat invoquant la légitime défense avait seul compétence pour décider si les circonstances exigeaient le recours à la guerre au titre de la légitime défense, il a estimé qu'une telle «allégation renferme une contradiction car elle prétend se fonder sur un droit tout en s'écartant d'une réglementation et d'une évaluation juridiques». Tout en considérant le droit de légitime défense comme «absolu» en ce sens qu'il ne peut être juridiquement méconnu, Lauterpacht a soutenu qu'il était «relatif» puisqu'il est présumé relever du droit. «Il est réglementé au point qu'il appartient aux tribunaux de dire si le recours à la légitime défense était nécessaire, jusqu'à quel point et jusqu'à quand.» (*The Function of Law in the International Community*, p. 179-180.)

Comme on l'a déjà indiqué, cette déclaration de la Cour met en cause certains des principes fondamentaux du droit international existant, y compris l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales et l'exercice du droit de légitime défense. Que la Cour ne puisse décider de façon définitive si l'emploi d'armes nucléaires est licite ou illicite quand la survie d'un Etat est en cause confirme l'assertion selon laquelle non seulement la survie de cet Etat est une question qui ne relève pas du droit mais encore qu'un Etat peut, pour assurer sa survie, annihiler le reste de l'humanité en recourant à l'arme nucléaire. Sous sa forme historique «du droit fondamental à l'autopréservation», on a pris par le passé prétexte de ce droit pour violer la souveraineté d'autres Etats. De tels actes sont maintenant considérés comme illicites par le droit international contemporain. Le Tribunal militaire international de Nuremberg a rejeté en 1946 l'argument selon lequel l'Etat en cause avait agi dans le cadre de la légitime défense et que tout Etat devait décider lui-même, si dans une circonstance donnée, il avait le droit d'exercer sa légitime défense. Le tribunal a estimé que «si le droit international doit jamais devenir une réalité, la question de savoir si une action entreprise sous le prétexte de la légitime défense était de caractère agressif ou défensif devra faire l'objet d'une enquête appropriée et d'un arbitrage» (jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg, 1946, *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, 1947, vol. I, p. 219).

De même, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour a rejeté l'argument selon lequel le droit de légitime défense ne relève pas du droit international. Tout en notant que l'article 51 de la Charte reconnaît qu'il existe un droit «naturel» ou «inhérent» de légitime défense, elle a déclaré qu'«on voit mal comment il ne serait pas de nature coutumière, même si son contenu est désormais confirmé par la Charte» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 94, par. 176). La Cour, dans ses conclusions en l'espèce, semble s'écarter de sa propre jurisprudence puisqu'elle dit ne pas pouvoir conclure de façon définitive s'il serait ou non licite qu'un Etat utilise des armes nucléaires.

Quoi qu'il en soit, la Cour n'était nullement tenue d'aboutir à une telle

a conclusion, for the law is clear. The use of force is firmly and peremptorily prohibited by Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter. The régime of self-defence or the doctrine of "self-survival", as the Court would prefer to have it, is likewise regulated and subjected to that law. The right of self-defence by a State is clearly stipulated in Article 51 of the Charter, as follows:

> "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security."

Thus, the Article permits the exercise of that right subject to the conditions stipulated therein. Firstly, in order to exercise the right, a State must have been the victim of an armed attack and, while exercising such a right, it must observe the principle of proportionality. Secondly, the measure or measures taken in exercise of such a right must be reported to the Security Council and are to be discontinued as soon as the Security Council itself has taken measures necessary for the maintenance of international peace. Article 51 therefore envisages the ability of a State *lawfully* to defend itself against armed attack. The Court emphasized this when it stated that the right of self-defence under Article 51 is conditioned by necessity and proportionality and that these conditions would apply whatever the means of force employed. Moreover, self-defence must also meet the requirements of the law applicable in armed conflict, particularly the principles and rules of international humanitarian law.

The question therefore is not whether a State is entitled to exercise its right of self-defence in an extreme circumstance in which the very survival of that State would be at stake, but rather whether the use of nuclear weapons would be lawful or unlawful under any circumstance including an extreme circumstance in which its very survival was at stake — or, in other words, whether it is possible to conceive of consequences of the use of such weapons which do not entail an infringement of international law applicable in armed conflict, particularly international humanitarian law. As stated above, in terms of the law, the right of self-defence is restricted to the repulse of an armed attack and does not permit of retaliatory or punitive action. Nor is it an exception to the *jus in bello* (conduct of hostilities). Since, in the light of the law and the facts, it is inconceivable that the use of nuclear weapons would not entail an infringement of, at the very least, the law applicable in armed conflict,

conclusion car le droit est clair. Le recours à la force est fermement et impérativement interdit par l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies. Le régime de la légitime défense que la Cour préfère dénommer la doctrine de la «survie» de l'Etat est réglementé lui aussi et relève de ce droit. Le droit de légitime défense d'un Etat est clairement énoncé à l'article 51 de la Charte dans les termes suivants:

> «Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.»

Ainsi l'article 51 de la Charte autorise l'exercice du droit de légitime défense aux conditions qu'il stipule. En premier lieu, pour pouvoir exercer ce droit, un Etat doit avoir été l'objet d'une agression armée et, quand il l'exerce, il doit respecter le principe de la proportionnalité. En second lieu, la ou les mesures prises dans l'exercice de ce droit doivent être portées à la connaissance du Conseil de sécurité et rapportées dès que le Conseil lui-même a pris les dispositions nécessaires pour maintenir la paix internationale. L'article 51 envisage donc la capacité d'un Etat de se défendre *licitement* contre une agression armée. La Cour a souligné ce point quand elle a indiqué que le droit de légitime défense prévu à l'article 51 est subordonné aux conditions de nécessité et de proportionnalité et que cette double condition s'applique quels que soient les moyens mis en œuvre. En outre, la légitime défense doit également satisfaire aux exigences du droit applicable dans les conflits armés, en particulier aux principes et règles du droit international humanitaire.

La question n'est donc pas de savoir si un Etat est habilité à exercer son droit de légitime défense dans une circonstance extrême dans laquelle la survie même de cet Etat serait en cause, elle est plutôt de savoir si l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite en toute circonstance, y compris une circonstance extrême dans laquelle sa survie même serait en jeu — ou, en d'autres termes, si l'on peut concevoir que l'utilisation de telles armes ait des conséquences n'entraînant pas une violation du droit international applicable dans les conflits armés, en particulier une violation du droit international humanitaire. Comme il est dit plus haut, selon le droit, le droit de légitime défense consiste uniquement à repousser une attaque armée et n'autorise ni représailles ni action punitive. Il n'est pas non plus une exception au *jus in bello* (conduite des hostilités). Dès lors que, compte tenu des éléments de droit et de fait, il est inconcevable que l'emploi d'armes nucléaires n'entraîne pas une violation, au moins, du

particularly humanitarian law, it follows that the use of such weapons would be unlawful. Nuclear weapons do not constitute an exception to humanitarian law.

Given these considerations, it is not legally sustainable to find, as the Court has done, that, in view of the present state of the law, it cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-survival, for as it stated in the *Nicaragua* case:

> "the conduct of States should, in general, be consistent with . . . rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), I.C.J. Reports 1986*, p. 98, para. 186).

Judge Mosler, a former member of this Court has in another context, stated

> "that law cannot recognise any act either of one member or of several members in concert, as being legally valid if it is directed against the very foundation of law" (H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, 1980, p. 18).

The Court's finding is also untenable, for, and as already mentioned, the *corpus juris* on which it should have reached its conclusion does indeed exist, and in an ample and substantial form. The Court had itself taken cognizance of this when it noted that the "laws and customs of war" applicable to the matter before it had been codified in the Hague Conventions of 1899 and 1907, based upon the 1868 Declaration of St. Petersburg as well as the results of the Brussels Conference of 1874. The Court also recognized that the "Hague Law" and, more particularly, the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, do regulate the rights and duties of belligerent States in the conduct of their hostilities and limit the choice of methods and means of injuring the enemy in wartime. It found that the "Geneva Law" (the Conventions of 1864, 1906, 1929 and 1949), which protects the victims of war and aims to provide safeguards for disabled armed forces personnel and persons not taking part in the hostilities, is equally applicable to the issue before it. It noted that these two branches of law today constitute international humanitarian law which was codified in the 1977 Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949.

It observed that, since the turn of the century, certain weapons, such as explosive projectiles under 400 g, dum-dum bullets and asphyxiating gases, have been specifically prohibited, and that chemical and bacteriological weapons were also prohibited by the 1925 Geneva Gas Protocol. More recently, the Court found, the use of weapons producing "non-

droit applicable dans les conflits armés, en particulier du droit humanitaire, il s'ensuit que leur utilisation serait illicite. Les armes nucléaires ne constituent pas une exception au droit humanitaire.

Cela étant, il n'est pas juridiquement défendable de soutenir, comme la Cour le fait, qu'au vu de l'état actuel du droit, elle ne peut conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême mettant en jeu la survie de l'Etat car, comme elle l'a dit dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*:

> «Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles ..., que les Etats y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle.» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 98, par. 186.)

Un ancien membre de la Cour, M. Mosler, a dit, dans un autre contexte:

> «que le droit ne saurait reconnaître un acte accompli par un membre ou par plusieurs membres agissant de concert comme juridiquement valable si cet acte s'attaque au fondement même du droit» (H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, 1980, p. 18).

La constatation de la Cour n'est également pas défendable parce que, comme je l'ai déjà relevé, le *corpus juris* sur la base duquel elle aurait dû parvenir à sa conclusion existe bel et bien, et qu'il est abondant et substantiel. La Cour elle-même l'a reconnu quand elle a noté que les «lois et coutumes de la guerre» applicables en l'espèce avaient été codifiées dans les conventions de La Haye de 1899 et de 1907, qui se fondaient sur la déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 ainsi que sur les résultats de la conférence de Bruxelles de 1874. La Cour a constaté aussi que le «droit de La Haye», et notamment le règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, fixe les droits et les devoirs des belligérants dans la conduite des hostilités et limite le choix des moyens de nuire à l'ennemi en temps de guerre. Elle a estimé que le «droit de Genève» (les conventions de 1864, de 1906, de 1929 et de 1949) qui protège les victimes de la guerre et vise à sauvegarder les membres des forces armées mis hors de combat ainsi que les personnes qui ne participent pas aux hostilités s'appliquait également à la question qui lui était posée. Elle a noté que ces deux branches du droit forment aujourd'hui le droit international humanitaire, lequel a été codifié dans les protocoles additionnels de 1977 aux conventions de Genève de 1949.

La Cour a fait observer que, dès le début du siècle, certaines armes telles que les projectiles explosifs d'un poids inférieur à 400 grammes, les balles dum-dum et les gaz asphyxiants ont été spécifiquement interdits et que les armes chimiques et bactériologiques ont également été prohibées par le protocole de Genève de 1925 sur les gaz. Plus récemment, comme

detectable fragments", of other types of mines, booby traps and other devices, and of incendiary weapons, was either prohibited or limited depending on the case by the Convention of 10 October 1980 on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. Such prohibition, it stated, was in line with the rule that "the right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited" as stated in Article 22 of the 1907 Hague Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land. The Court further noted that the St. Petersburg Declaration had already condemned the use of weapons "which uselessly aggravate the suffering of disabled men or make their death inevitable" and that the aforementioned Regulations annexed to the Hague Convention IV of 1907 prohibit the use of "arms, projectiles, or material calculated to cause unnecessary suffering" (Art. 23).

The Court also identified the cardinal principles constituting the fabric of international humanitarian law, the first of which is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants. According to those principles, States are obliged not to make civilians the object of attack and must consequently not use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets. Secondly, it is prohibited to cause unnecessary suffering to combatants and, accordingly, it is prohibited to use weapons causing them needless harm or that uselessly aggravate their suffering. In this regard, the Court noted that States do not have unlimited freedom of choice in the weapons they can use.

The Court also considered applicable to the matter the Martens Clause, first enunciated in the Hague Convention of 1899 with respect to the laws and customs of war on land, a modern version of which has been codified in Article 1, paragraph 2, of Additional Protocol I of 1977, and reads as follows:

> "In cases not covered by this Protocol or by other international agreements, civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience."

The Court noted that the principles embodied in the Clause are principles and rules of humanitarian law and, together with the principle of neutrality, apply to nuclear weapons.

It was in the light of the foregoing that the Court recognized that humanitarian law does prohibit the use of certain types of weapons either because of their indiscriminate effect on combatants and civilians or because of the unnecessary and superfluous harm caused to combatants. The Court accordingly held that the principles and rules of international

la Cour l'a rappelé, l'emploi d'armes produisant des «éclats non localisables», de certains types de mines, pièges et autres dispositifs, ainsi que d'armes incendiaires a été, selon le cas, interdit ou limité par la convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination. Cette interdiction, a-t-elle dit, est conforme à la règle selon laquelle «les belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi», pour reprendre les termes de l'article 22 du règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Cour a relevé en outre que la déclaration de Saint-Pétersbourg avait déjà condamné l'«emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat, ou rendraient leur mort inévitable» et que le règlement évoqué plus haut, qui est annexé à la convention IV de La Haye de 1907, interdit «d'employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus» (art. 23).

La Cour a aussi précisé les principes cardinaux qui forment le tissu du droit humanitaire, dont le premier vise à protéger la population civile et les biens de caractère civil et établit la distinction entre combattants et non-combattants. Selon ce principe, les Etats ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Le second principe est qu'il ne faut pas causer des maux superflus aux combattants et qu'en conséquence il est interdit d'utiliser des armes leur causant de tels maux ou aggravant inutilement leurs souffrances. A cet égard, la Cour a indiqué que les Etats n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient.

La Cour a également considéré comme applicable la clause de Martens énoncée pour la première fois dans la convention de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et dont une version contemporaine a été codifiée à l'article premier, paragraphe 2, du protocole additionnel I de 1977. Elle se lit comme suit:

> «Dans les cas non prévus par le présent protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique.»

Selon la Cour, les principes consacrés dans cette clause sont les principes et les règles du droit humanitaire qui, avec le principe de neutralité, s'appliquent dans le cas des armes nucléaires.

C'est compte tenu de ce qui précède que la Cour a considéré que le droit humanitaire bannit l'emploi de certaines armes, soit parce qu'elles frappent de façon indiscriminée les combattants et les populations civiles, soit parce qu'elles causent aux combattants des souffrances inutiles. La Cour a conclu en conséquence que les principes et les règles du droit

humanitarian law are obligatory and binding on all States as they also constitute intransgressible principles of customary international law.

With regard to the applicability of Additional Protocol I of 1977 to nuclear weapons, the Court recalled that even if not all States are parties to the Protocol, they are nevertheless bound by those rules in the Protocol which, when adopted, constituted an expression of the pre-existing customary law, such as, in particular, the Martens Clause, which is enshrined in Article I of the Protocol.

The Court observed that the fact that certain types of weapons were not specifically mentioned in the Convention does not permit the drawing of any legal conclusions relating to the substantive issues raised by the use of such weapons. It took the view that there can be no doubt that the principles and rules of humanitarian law, which are enshrined in the Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols of 1977, are applicable to nuclear weapons. Even when it observed that the Conferences of 1949 and 1977 did not specifically address the question of nuclear weapons, the Court stated that it cannot be concluded from this that the established principles and rules of humanitarian law applicable in armed conflict do not apply to nuclear weapons, as such a conclusion would be incompatible with the intrinsically humanitarian character of the legal principles in question which permeate the entire law of armed conflict and apply to all forms of warfare and to all kinds of weapons.

The Court agreed with the submission that:

> "63. In general, international humanitarian law bears on the threat or use of nuclear weapons as it does of other weapons.
>
> 64. International humanitarian law has evolved to meet contemporary circumstances, and is not limited in its application to weaponry of an earlier time. The fundamental principles of this law endure: to mitigate and circumscribe the cruelty of war for humanitarian reasons." (New Zealand, Written Statement, p. 15.)

The Court also observed that none of the States advocating the legality of the use of nuclear weapons under certain circumstances, including the "clean" use of smaller, low-yield, tactical nuclear weapons, had indicated that the principles of humanitarian law do not apply to nuclear weapons, noting that, for instance, the Russian Federation had recognized that "restrictions set by the rules applicable to armed conflicts in respect of means and methods of warfare definitely also extend to nuclear weapons"; that for the United States, "the United States has long shared the view that the law of armed conflict governs the use of nuclear weapons — just as it governs the use of conventional weapons"; while for the United Kingdom, "so far as the customary law of war is concerned, the United Kingdom has always accepted that the use of nuclear weapons is subject to the general principles of the *jus in bello*" (Advisory Opinion, para. 86).

international humanitaire sont obligatoires et lient les Etats parce qu'ils constituent aussi des principes du droit international coutumier auxquels on ne saurait déroger.

En ce qui concerne l'applicabilité aux armes nucléaires du protocole additionnel I de 1977, la Cour a rappelé que, même si tous les Etats ne sont pas parties au protocole, ils sont tous liés par celles des règles du protocole qui, au moment de leur adoption, représentaient l'expression du droit coutumier préexistant, comme c'est le cas en particulier de la clause de Martens, reprise à l'article premier de cet instrument.

La Cour a déclaré que le fait que certaines armes ne sont pas spécifiquement mentionnées dans la convention ne permet de tirer aucune conclusion juridique quant aux problèmes de fond que le recours à ces armes soulèverait. Il ne fait aucun doute, a-t-elle estimé, que les principes et les règles du droit humanitaire, énoncés dans les conventions de Genève de 1949 et dans les protocoles additionnels de 1977, s'appliquent aux armes nucléaires. Certes la Cour a relevé que les conférences de 1949 et de 1977 n'avaient pas spécifiquement traité de la question des armes nucléaires, mais elle n'en a pas moins déclaré que l'on ne peut en conclure que les principes et règles établis du droit humanitaire applicable dans les conflits armés ne s'appliquent pas aux armes nucléaires car une telle conclusion méconnaîtrait la nature intrinsèquement humanitaire des principes juridiques en jeu qui imprègnent l'ensemble du droit des conflits armés et s'appliquent à toutes les formes de guerre et à toutes les armes.

La Cour a accepté l'argument selon lequel:

> «63. De manière générale, le droit international humanitaire s'applique à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires, comme il s'applique à d'autres armes.
>
> 64. Le droit international humanitaire a évolué pour tenir compte des circonstances et son application ne se limite pas aux armements du passé. Les principes fondamentaux de ce droit demeurent: atténuer et limiter la cruauté de la guerre pour des raisons humanitaires.» (Nouvelle-Zélande, exposé écrit, p. 15.)

La Cour a rappelé aussi qu'aucun des Etats partisans de la licéité de l'emploi d'armes nucléaires dans certaines circonstances, y compris l'emploi «propre» d'armes nucléaires tactiques, plus petites et de faible puissance, n'avait indiqué que les principes du droit humanitaire ne s'appliquaient pas aux armes nucléaires; elle a noté par exemple que, pour la Fédération de Russie: «Les restrictions imposées par les règles applicables aux conflits armés en ce qui concerne les moyens et méthodes de guerre s'étendent assurément aux armes nucléaires»; que, pour les Etats-Unis: «Cela fait longtemps que les Etats-Unis pensent que le droit des conflits armés régit l'emploi d'armes nucléaires comme il régit d'ailleurs celui d'armes classiques», et que, pour le Royaume-Uni: «En ce qui concerne le droit coutumier de la guerre, le Royaume-Uni a toujours admis que l'emploi d'armes nucléaires est assujetti aux principes généraux du *jus in bello*» (avis consultatif, par. 86).

With regard to the elements of fact advanced in its findings, the Court noted the definitions of nuclear weapons contained in various treaties and instruments, including those according to which nuclear explosions are "capable of causing massive destruction, generalized damage or massive poisoning" (Paris Accords of 1954), or the preamble of the Tlatelolco Treaty of 1967 which described nuclear weapons

> "whose terrible effects are suffered, indiscriminately and inexorably, by military forces and civilian population alike, [and which] constitute through the persistence of the radioactivity they release, an attack on the integrity of the human species and ultimately may even render the whole earth uninhabitable".

It also took note of the fact that nuclear weapons release not only immense quantities of heat and energy, but also powerful and prolonged radiation; that the first two causes of damage are vastly more powerful than such causes of damage in other weapons of mass destruction, and that the phenomenon of radiation is said to be peculiar to nuclear weapons. These characteristics, the Court concluded, render nuclear weapons potentially catastrophic; their destructive power cannot be contained in either space or time, and they have the potential to destroy all civilization and the entire ecosystem of the planet.

With regard to the elements of fact, the Court noted that the radiation released by a nuclear explosion would affect health, agriculture, natural resources and demography over a wide area and that such weapons would be a serious danger to future generations. It further noted that ionizing radiation has the potential to damage the future environment, food and marine ecosystems, and to cause genetic defects and illness in future generations.

Also in this regard, the Government of Japan told the Court that the yields of the atomic bombs detonated in Hiroshima on 6 August 1945 and in Nagasaki on 9 August 1945 were the equivalent of 15 kilotons and 22 kilotons of TNT respectively. The bomb blast produced a big fireball, followed by extremely high temperatures of some several million degrees centigrade, and extremely high pressures of several hundred thousand atmospheres. It also emitted a great deal of radiation. According to the delegation, the fireball, which lasted for about 10 seconds, raised the ground temperature at the hypocentre to somewhere between 3,000° C and 4,000° C, and the heat caused the scorching of wood buildings over a radius of approximately 3 kilometres from the hypocentre. The number of houses damaged by the atomic bombs was 70,147 in Hiroshima and 18,409 in Nagasaki. People who were within 1,000 metres of the hypocentre were exposed to the initial radiation of more than 3.93 Grays. It is estimated that 50 per cent of people who were exposed to more than 3 Grays die of marrow disorder within two months. Induced radiation

S'agissant des éléments de fait qu'elle mentionne dans ses conclusions, la Cour a noté les définitions qui ont été données des armes nucléaires dans divers traités et instruments, y compris celles selon lesquelles les explosions nucléaires sont «capables de causer des destructions massives, des dommages généralisés ou un empoisonnement massif» (accords de Paris, 1954) ou encore le préambule du traité de Tlatelolco de 1967 qui décrit les armes nucléaires comme des armes

> «dont les terribles effets atteignent sans distinction et sans merci les forces armées et la population civile, [et qui] constituent, vu la persistance de la radioactivité qu'elles engendrent, une atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine et risquent de rendre finalement toute la terre inhabitable».

Elle a noté aussi que les armes nucléaires libèrent non seulement d'énormes quantités de chaleur et d'énergie mais aussi un rayonnement puissant et prolongé, que les deux premières sources de dommages sont bien plus puissantes qu'elles ne le sont dans le cas d'autres armes de destruction massive et que le phénomène du rayonnement est considéré comme particulier aux armes nucléaires. Vu ces caractéristiques, conclut la Cour, l'arme nucléaire est potentiellement d'une nature catastrophique, son pouvoir destructeur ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps et elle a le pouvoir de détruire toute civilisation ainsi que l'écosystème tout entier de la planète.

S'agissant des éléments de fait, la Cour a relevé que le rayonnement libéré par une explosion nucléaire aurait des effets préjudiciables sur la santé, l'agriculture, les ressources naturelles et la démographie, et cela sur des espaces considérables, et que l'emploi d'armes nucléaires ferait courir les plus graves dangers aux générations futures. Le rayonnement ionisant était en outre susceptible de porter atteinte à l'environnement, à la chaîne alimentaire et à l'écosystème marin dans l'avenir, et de provoquer des tares et des maladies chez les générations futures.

A cet égard également, le Gouvernement japonais a dit à la Cour que les bombes atomiques larguées sur Hiroshima le 6 août 1945 et sur Nagasaki le 9 août 1945 avaient une puissance équivalant respectivement à 15 et à 22 kilotonnes de TNT. L'explosion a produit une énorme boule de feu et s'est accompagnée de températures extrêmement élevées, de l'ordre de quelques millions de degrés centigrades, ainsi que de pressions extrêmement élevées aussi, de l'ordre de plusieurs centaines de milliers d'atmosphères. Elle a dégagé aussi un rayonnement considérable. Selon la délégation, la boule de feu qui a duré environ dix secondes a porté la température au sol, à l'hypocentre, à quelque 3000 à 4000 degrés centigrades et la chaleur a provoqué l'incendie des bâtiments de bois dans un rayon de 3 kilomètres environ à partir de l'hypocentre. Le nombre des maisons endommagées a été de 70 147 à Hiroshima et de 18 409 à Nagasaki. Les personnes qui se trouvaient à moins de 1000 mètres de l'hypocentre ont été exposées à des rayonnements initiaux de 3,93 grays. On estime que cinquante pour cent des personnes ayant été exposées à des rayonne-

was emitted from the ground and buildings charged with radioactivity. In addition, soot and dust contaminated by induced radiation was dispersed into the air and whirled up into the stratosphere by the force of the explosion, and this caused radioactive fallout back to the ground over several months.

According to the delegation, the exact number of fatalities was not known, since documents were scarce. It was estimated, however, that the number of people who had died by the end of 1945 amounted to approximately 140,000 in Hiroshima and 74,000 in Nagasaki. The population of the cities at that time was estimated at 350,000 in Hiroshima and 240,000 in Nagasaki. The number of people who died of thermal radiation immediately after the bomb blast, on the same day or within a few days, was not clear. However, 90 to 100 per cent of the people who were exposed to thermal radiation without any shield within 1 kilometre of the hypocentre, died within a week. The early mortality rates for the people who were within 1.5 kilometre to 2 kilometres of the hypocentre were 14 per cent for people with a shield and 83 per cent for the people without a shield. In addition to direct injury from the bomb blast, death was caused by several interrelated factors such as being crushed or buried under buildings, injuries caused by splinters of glass, radiation damage, food shortages or a shortage of doctors and medicines.

Over 320,000 people who survived but were affected by radiation still suffer from various malignant tumours caused by radiation, including leukaemia, thyroid cancer, breast cancer, lung cancer, gastric cancer, cataracts and a variety of other after-effects. More than half a century after the disaster, they are still said to be undergoing medical examinations and treatment.

According to the Mayor of Hiroshima who made a statement before the Court, the atomic bomb which was detonated in Hiroshima produced an enormous destructive power and reduced innocent civilian populations to ashes. Women, the elderly and the newborn were said to have been bathed in deadly radiation. The Court was told that the dropping of the bomb unleashed a mushroom cloud and human skin was burned raw while other victims died in desperate agony. The Mayor further told the Court that when the bomb exploded, enormous pillars of flame leaped up towards the sky and a majority of the buildings crumbled, causing a large number of casualties, many of them fatal.

Later in his statement he described the unique characteristic of the atomic bombing as one whose enormous destruction was instantaneous and universal. Old, young, male, female, soldiers, civilians were all killed *indiscriminately*. The entire city of Hiroshima, he said, had been exposed to thermal rays, shock-wave blast and radiation. The bomb purportedly generated heat that reached several million degrees centigrade. The fire-

ments de plus de 3 grays sont décédées des suites de lésions médullaires dans les deux mois. Le sol et les bâtiments touchés par la radioactivité ont eux-mêmes émis des rayonnements. En outre la suie et la poussière contaminées par radio-induction se sont dispersées dans l'air et ont tourbillonné jusqu'à la stratosphère sous l'effet de l'explosion, ce qui a provoqué des retombées radioactives sur le sol pendant plusieurs mois.

Selon la délégation, la rareté des documents ne permet pas de connaître le nombre exact des victimes. On a estimé cependant le nombre des personnes décédées avant la fin de 1945 à environ 140 000 pour Hiroshima et 74 000 pour Nagasaki, la population de ces deux villes étant évaluée à l'époque respectivement à 350 000 et 240 000 habitants. Le nombre des personnes décédées des suites des rayonnements thermiques immédiatement après l'explosion, le même jour ou dans les quelques jours qui ont suivi est incertain. Néanmoins 90 à 100 % des personnes exposées à des rayonnements thermiques sans aucune protection à moins d'un kilomètre de l'hypocentre sont décédées en moins d'une semaine. Peu après l'explosion, le taux de mortalité des personnes qui s'étaient trouvées à une distance d'un kilomètre et demi à deux kilomètres de l'hypocentre était de 14 % pour celles qui avaient disposé d'une protection et de 83 % pour celles qui n'en avaient pas eu. Indépendamment des personnes décédées des suites directes de l'explosion, d'autres sont décédées par l'effet combiné de plusieurs facteurs: écrasées ou enterrées sous des bâtiments, blessées par des éclats de verre, exposées à des rayonnements ou encore en raison de la pénurie alimentaire ou du manque de médecins ou de médicaments.

Plus de trois cent vingt mille personnes parmi les survivants irradiés continuent à souffrir de tumeurs malignes dues aux rayonnements, et notamment de leucémie, de cancer de la thyroïde, de cancer du sein, de cancer du poumon, de cancer de l'estomac, de cataracte et de diverses autres séquelles. Plus d'un demi-siècle après la catastrophe, elles continuent, nous dit-on, à subir des examens médicaux et à suivre un traitement.

D'après le maire d'Hiroshima, qui a fait une déclaration devant la Cour, la bombe atomique qui a explosé à Hiroshima avait une puissance de destruction énorme et a réduit en cendres des populations civiles innocentes. Femmes, vieillards et nouveau-nés baignaient, a-t-il dit, dans des rayonnements mortels. Le largage de la bombe, a-t-il ajouté, a provoqué un nuage en forme de champignon, la peau d'êtres humains a brûlé vive et d'autres victimes ont connu une atroce agonie. Le maire a dit encore à la Cour qu'au moment de l'explosion d'énormes colonnes de feu s'étaient élevées vers le ciel et que la majorité des bâtiments s'était effondrée, causant de nombreuses victimes dont beaucoup sont mortes.

Dans un autre passage de son exposé, le maire a dit que ce qui caractérisait le bombardement atomique et en faisait quelque chose d'unique tenait à ce que l'énorme destruction qu'il provoquait était instantanée et universelle. Les vieux, les jeunes, les hommes, les femmes, les soldats, les civils, tous sont tués *sans distinction*. Toute la ville d'Hiroshima a été exposée à des rayons thermiques, à l'onde de choc de l'explosion et aux

ball was about 280 metres in diameter, the thermal rays emanating from it were thought to have instantly charred any human being who was outdoors near the hypocentre. The witness further disclosed that according to documented cases, clothing had burst into flames at a distance of 2 kilometres from the hypocentre of the bomb; many fires were ignited simultaneously throughout the city; the entire city was carbonized and reduced to ashes. Yet another phenomenon was a shock-wave which inflicted even greater damage when it ricocheted off the ground and buildings. The blast wind which resulted had, he said, lifted and carried people through the air. All wooden buildings within a radius of 2 kilometres collapsed, while many well beyond that distance were damaged.

The blast and thermal rays combined to burn to ashes or cause the collapse of approximately 70 per cent of the 76,327 dwellings in Hiroshima at the time. The rest were partially destroyed, half-bombed or damaged. The entire city was said to have been instantly devastated by the dropping of the bomb.

On the day the bomb was dropped, the witness further disclosed that there were approximately 350,000 people in Hiroshima, but it was later estimated that some 140,000 had died by the end of December 1945. Hospitals were said to be in ruins with medical staff dead or injured and with no medicines or equipment, and an incredible number of victims died, unable to receive sufficient treatment. Survivors developed fever, diarrhoea, haemorrhaging, and extreme fatigue, many died abruptly. Such was said to be the pattern of the acute symptoms of the atomic bomb disease. Other consequences were a widespread destruction of cells, loss of blood-producing tissue, and organ damage. The immune systems of survivors were weakened and such symptoms as hair loss were conspicuous. Other experiences recorded were an increase in leukaemia, cataracts, thyroid cancer, breast cancer, lung cancer and other cancers. As a result of the bombing, children exposed to radiation suffered mental and physical retardation. Nothing could be done for these children medically and even unborn babies, the Mayor stated, had been affected. He concluded by saying that exposure to high levels of radiation continues in Hiroshima to this day.

The Mayor of Nagasaki, in his testimony, described effects on his city that were similar to those experienced by Hiroshima as a result of the atomic bombing which had taken place during the war. According to the witness,

> "The explosion of the atomic bomb generated an enormous fireball, 200 metres in radius, almost as though a small sun had appeared in the sky. The next instant, a ferocious blast and wave of heat

rayonnements. La bombe a semble-t-il dégagé une chaleur qui a atteint plusieurs millions de degrés centigrades. La boule de feu avait environ 280 mètres de diamètre et l'on pense que les rayons thermiques qui en émanaient ont brûlé instantanément tout être humain qui se trouvait à l'extérieur près de l'hypocentre. Le témoin a révélé en outre, sur la base de cas avérés, que des vêtements avaient pris feu à 2 kilomètres de l'hypocentre et que de nombreux feux s'étaient allumés simultanément un peu partout; toute la ville a été carbonisée et réduite en cendres. Un autre phénomène a été l'onde de choc qui a infligé des dommages encore plus grands en ricochant sur le sol et sur des bâtiments. La déflagration qui a suivi a soulevé et porté les gens en l'air. Tous les édifices en bois dans un rayon de deux kilomètres se sont effondrés et beaucoup, bien plus éloignés encore, ont été endommagés.

La déflagration et les rayons thermiques se sont combinés pour réduire en cendres ou faire écrouler soixante-dix pour cent des soixante-seize mille trois cent vingt-sept habitations qu'Hiroshima comptait à l'époque. Les autres ont été partiellement détruites, à demi sinistrées ou endommagées. On a dit que la ville avait été dévastée instantanément par le largage de la bombe.

Le témoin a indiqué que le jour de l'explosion de la bombe, il y avait trois cent cinquante mille habitants à Hiroshima, mais on a estimé plus tard que cent quarante mille environ étaient morts avant la fin décembre 1945. Les hôpitaux étaient en ruine, leur personnel médical mort ou blessé, sans médicaments et sans équipement; un nombre incroyable de victimes étaient mortes faute d'avoir pu recevoir le traitement dont elles avaient besoin. Les survivants souffraient de fièvre, de diarrhée, d'hémorragies et d'une extrême fatigue et beaucoup décédaient brusquement. C'est ainsi, a-t-on dit, que se présentaient les symptômes aigus de la maladie de la bombe atomique dont d'autres conséquences étaient une destruction généralisée des cellules, une perte des tissus hématopoïétiques et une détérioration organique. Le système immunitaire des survivants était affaibli et l'on voyait se manifester des symptômes très apparents comme l'alopécie. On a enregistré également une multiplication des cas de leucémie, de cataractes, de cancers et entre autres de cancers de la thyroïde, du sein et des poumons. A la suite du bombardement, des enfants exposés aux rayonnements ont souffert d'un retard mental et physique. On n'a rien pu faire pour eux sur le plan médical et même des bébés à naître ont été atteints. Le maire a conclu en disant qu'aujourd'hui encore des habitants d'Hiroshima sont exposés à des niveaux élevés de rayonnement.

Le maire de Nagasaki a décrit dans son témoignage les effets qu'avait eus sur sa ville le bombardement atomique survenu pendant la guerre, qui étaient similaires à ceux qu'Hiroshima avait connus. Selon ce témoin:

> «L'explosion de la bombe atomique a donné lieu à une énorme boule de feu, de 200 mètres de rayon, presque comme si un petit soleil était apparu dans le ciel. L'instant d'après, une déflagration fantastique et

assailed the ground with a thunderous roar. The surface temperature of the fireball was about 7,000° C, and the heat rays that reached the ground were over 3,000° C. The explosion instantly killed or injured people within a two-kilometre radius of the hypocentre, leaving innumerable corpses charred like clumps of charcoal and scattered in the ruins near the hypocentre. In some cases not even a trace of the person's remains could be found. The blast wind of over 300 metres per second slapped down trees and demolished most buildings. Even iron reinforced concrete structures were so badly damaged that they seemed to have been smashed by a giant hammer. The fierce flash of heat meanwhile melted glass and left metal objects contorted like strands of taffy, and the subsequent fires burned the ruins of the city to ashes. Nagasaki became a city of death where not even the sounds of insects could be heard. After a while, countless men, women and children began to gather for a drink of water at the banks of nearby Urakami River, their hair and clothing scorched and their burnt skin hanging off in sheets like rags. Begging for help, they died one after another in the water or in heaps on the banks. Then radiation began to take its toll, killing people like a scourge of death expanding in concentric circles from the hypocentre. Four months after the atomic bombing, 74,000 people were dead and 75,000 had suffered injuries, that is, two-thirds of the city population had fallen victim to this calamity that came upon Nagasaki like a preview of the Apocalypse." (CR 95/27, p. 38.)

The witness went on to state that even people who were lucky enough to survive continued to this day to suffer from the late effects unique to nuclear weapons. Nuclear weapons, he concluded, bring in their wake the indiscriminate devastation of civilian populations.

Testimony was also given by the delegation of the Marshall Islands which was the site of 67 nuclear weapons tests from 30 June to 18 August 1958, during the period of the United Nations Pacific Islands territories trusteeship. The total yield of those weapons was said to be equivalent to more than 7,000 bombs of the size of that which destroyed Hiroshima. Those nuclear weapon tests were said to have caused extensive radiation, induced illnesses, deaths and birth defects. Further on in the testimony, it was disclosed that human suffering and damage to the environment occurred at great distances, both in time and in geography, from the sites of detonations even when an effort was made to avoid or mitigate harm. The delegation went on to inform the Court that the unique characteristics of nuclear weapons are that they cause unnecessary suffering and include not only widespread, extensive, radioactive contamination with cumulative adverse effects, but also locally intense radiation with severe,

une vague de chaleur ont touché le sol dans un bruit de tonnerre. La température à la surface de la boule de feu était d'environ 7000 degrés centigrades et les rayons de chaleur qui ont atteint le sol dépassaient 3000 degrés. L'explosion a immédiatement tué ou blessé les personnes qui se trouvaient dans un rayon de 2 kilomètres à partir de l'hypocentre, laissant d'innombrables cadavres carbonisés comme des morceaux de bois au milieu des ruines. Dans certains cas, on n'a même pas pu retrouver la moindre trace des restes de cadavres. Le souffle qui dépassait 300 mètres à la seconde a aplati les arbres et démoli la plupart des bâtiments. Même les constructions en béton armé ont été si endommagées qu'elles semblaient avoir été écrasées par un gigantesque marteau. Le violent éclair de chaleur avait en même temps fait fondre le verre, déformé les objets métalliques comme de la guimauve et les incendies qui se sont ensuite allumés ont réduit en cendres les ruines de la ville. Nagasaki est devenue une ville morte où l'on n'entendait même pas de bruits d'insectes. Peu après, d'innombrables hommes, femmes et enfants ont commencé à se grouper sur les rives de l'Urakami tout proche pour y boire; leurs cheveux et leurs vêtements étaient brûlés, leur peau brûlée pendait en lambeaux comme des guenilles. Implorant de l'aide, ils sont morts l'un après l'autre dans l'eau ou par monceaux sur les rives. Puis les radiations ont commencé leurs ravages, tuant les gens comme un fléau mortel qui se répandait en cercles concentriques à partir de l'hypocentre. Quatre mois après le bombardement atomique, soixante-quatorze mille personnes étaient mortes et soixante-quinze mille blessées, autrement dit, les deux tiers de la population de la ville avait été victime de cette calamité qui s'est abattue sur Nagasaki comme une prémisse de l'Apocalypse.» (CR 95/27, p. 38.)

Le témoin a poursuivi en disant que même ceux qui avaient eu la chance de survivre continuaient jusqu'à maintenant à souffrir des séquelles qui caractérisent les armes nucléaires. Les armes nucléaires, a-t-il conclu, apportent avec elles la destruction sans distinction des populations civiles.

La Cour a aussi entendu le témoignage de la délégation des Iles Marshall où avaient eu lieu soixante-sept essais nucléaires entre le 30 juin et le 18 août 1958, à l'époque où elles faisaient partie du territoire des Iles du Pacifique placé sous la tutelle des Nations Unies. On a dit que la puissance totale de ces armes équivalait à plus de sept mille bombes de la taille de celle qui avait anéanti Hiroshima. Ces essais avaient causé des maladies radio-induites, des décès et des malformations congénitales. On a indiqué plus tard que, même quand les explosions avaient lieu à de grandes distances, dans le temps et l'espace, elles pouvaient entraîner des souffrances pour l'homme et causer des dommages à l'environnement, même si l'on s'efforçait de les éviter ou de les atténuer. Poursuivant son témoignage, la délégation a informé la Cour que les armes nucléaires ont des caractéristiques qui leur sont propres — elles causent des maux superflus, elles ne se bornent pas à une contamination radioactive très vaste et très étendue ayant des

immediate and long-term adverse effects, far-reaching blasts, heat, and light resulting in acute injuries and chronic ailments. Permanent, as well as temporary, blindness from intense light and reduced immunity from radiation exposures were said to be common and unavoidable consequences of the use of nuclear weapons, but which were uncommon or absent from the use of other destructive devices.

The delegation further disclosed that birth defects and extraordinarily prolonged and painful illnesses caused by the radioactive fallout inevitably and profoundly affected the civilian population long after the nuclear weapons tests had been carried out. Such suffering had affected generations born long after the testing of such weapons. It went on to say that, apart from the immediate damage at and near ground zero (where the detonation took place), the area experienced contamination of animals and plants and the poisoning of soil and water. As a consequence, some of the islands were still abandoned and in those that had recently been resettled, the presence of caesium in plants from the radioactive fallout rendered them inedible. Women on some of the other atolls in the islands who had been assured that their atolls were not affected by radiation were said to have given birth to "monster babies". A young girl on one of these atolls was said to have no knees, three toes on each foot and a missing arm; her mother had not been born by 1954 when the tests started but had been raised on a contaminated atoll.

In the light of the foregoing the Court, as well as taking cognizance of the unique characteristics of nuclear weapons when used, reached the following conclusions; that nuclear weapons have a destructive capacity unmatched by any conventional weapon; that a single nuclear weapon has the capacity to kill thousands if not millions of human beings; that such weapons cause unnecessary suffering and superfluous injury to combatants and non-combatants alike; and that they are unable to distinguish between civilians and combatants. When recourse is had to such weapons, it can cause damage to generations unborn and produce widespread and long-term effects on the environment, particularly in respect of resources necessary for human survival. In this connection, it should be noted that the radioactive effects of such weapons are not only similar to the effects produced by the use of poison gas which would be in violation of the 1925 Geneva Gas Protocol, but are considered even more harmful.

The above findings by the Court should have led it inexorably to conclude that any use of nuclear weapons is unlawful under international law, in particular the law applicable in armed conflict including humanitarian law. However, instead of this, the Court found that:

conséquences néfastes cumulatives mais elles génèrent aussi localement des rayonnements intenses ayant des effets nocifs graves, immédiats et à long terme, des déflagrations de grande ampleur, de la chaleur et de la lumière, ce qui provoque des lésions importantes et des maladies chroniques. La cécité permanente ou temporaire résultant de l'exposition à la lumière intense et l'affaiblissement de l'immunité face aux rayonnements étaient les conséquences courantes et inévitables de l'emploi d'armes nucléaires, conséquences rares ou inexistantes si l'on utilisait d'autres engins de destruction.

La délégation des Iles Marshall a indiqué aussi que des malformations congénitales et des maladies extrêmement douloureuses et de très longue durée dues aux retombées radioactives avaient profondément affecté la population civile, ce qui était inévitable, longtemps après le moment où les essais nucléaires avaient eu lieu. Ces maux avaient frappé des générations d'insulaires nées bien après les essais. En dehors des dommages immédiats causés au point zéro (où l'explosion s'était produite) ou dans son voisinage, c'est dans toute la zone que la flore et la faune ont été contaminées, et le sol et l'eau empoisonnés. En conséquence, certaines des îles étaient toujours abandonnées et dans celles où la population s'était récemment réinstallée, la présence de césium provenant des retombées radioactives dans les plantes rendait celles-ci impropres à la consommation. On a signalé que des femmes habitant certains atolls et à qui l'on avait donné l'assurance que leur atoll ne serait pas touché par les rayonnements avaient donné naissance à des «monstres». On a dit qu'une fillette de l'un de ces atolls n'avait pas de genoux, qu'elle avait trois doigts à chaque pied et qu'il lui manquait un bras. Sa mère n'était pas encore née en 1954 quand les essais ont débuté mais elle avait été élevée sur un atoll contaminé.

Eu égard à ce qui précède et tenant compte des caractéristiques propres à l'arme nucléaire quand elle est utilisée, la Cour a abouti aux conclusions suivantes: l'arme nucléaire possède une puissance destructrice bien supérieure à celle de n'importe quelle arme classique; une arme nucléaire est capable de tuer à elle seule des milliers, voire des millions d'êtres humains; elle cause des souffrances inutiles et des maux superflus aux combattants comme aux non-combattants; elle est incapable de faire la distinction entre civils et combattants. L'emploi de l'arme nucléaire peut causer des dommages aux générations futures, et avoir des incidences généralisées et à long terme sur l'environnement, en particulier sur les ressources nécessaires à la survie de l'homme. A cet égard, on doit noter que les effets de cette arme ne sont pas seulement similaires à ceux qui résultent de l'usage de gaz toxiques, qui violeraient le protocole de Genève de 1925 sur les gaz, ils sont considérés comme encore plus nuisibles en raison de leur radioactivité.

Les constatations qui précèdent auraient dû nécessairement amener la Cour à conclure que tout emploi d'armes nucléaires est illicite en droit international et contraire en particulier au droit applicable dans les conflits armés, y compris au droit humanitaire. Au lieu de cela, la Cour a dit:

> "in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake" (paragraph 2 E of the *dispositif*).

This finding that would appear to suggest that nuclear weapons when used in circumstances of a threat to "State survival" — a concept invented by the Court — would constitute an exception to the corpus of humanitarian law which applies in all armed conflicts and makes no exception for nuclear weapons. In my considered opinion, the unlawfulness of the use of nuclear weapons is not predicated on the circumstances in which the use takes place, but rather on the unique and established characteristics of those weapons which under any circumstance would violate international law by their use. It is therefore most inappropriate for the Court's finding to have turned on the question of State survival when what is in issue is the lawfulness of nuclear weapons. Such a misconception of the question deprives the Court's finding of any legal basis.

On the other hand, if the Court had properly perceived the question and intended to give an appropriate reply, it would have found that an overwhelming justification exists on the basis of the law and the facts, which would have enabled it to reach a finding that the use of nuclear weapons in any circumstance would be unlawful. The Court's failure to reach this inevitable conclusion has compelled me to enter a vigorous dissent to its main finding.

I am likewise constrained to mention various other, more general, misgivings with regard to the Advisory Opinion on the whole. While the purpose of the Court's advisory jurisdiction is to provide an authoritative legal opinion and to enlighten the requesting body on certain legal aspects of an issue with which it has to deal when discharging its functions, the device has also been used to secure authoritative interpretations of the provisions of the Charter or the constitutive instruments of specialized agencies, or to provide guidance to various organs of the United Nations in relation to their functions. Furthermore, although the advisory opinions of the Court are not legally binding and impose no legal obligations either upon the requesting body or upon States, such opinions are nonetheless not devoid of effect as they remain the law "recognized by the United Nations" (*Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, I.C.J. Reports 1956*, separate opinion of Judge Lauterpacht, p. 46). Accordingly, this Court has, on various occasions, used its advisory jurisdiction as a medium of participation in the work of the United Nations, helping the Organization to achieve its objectives. Advisory opinions have enabled the Court to contribute meaningfully to the development and crystallization of the law. For example, in the *Namibia* Advisory Opinion, the Court referred to the

> «Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause.» (Paragraphe 2 du dispositif, alinéa E.)

Cette conclusion paraît laisser entendre que, quand des armes nucléaires sont utilisées dans un cas où la «survie de l'Etat» est menacée — concept inventé par la Cour — cet emploi constituerait une exception au corpus de règles du droit humanitaire qui s'applique dans tous les conflits armés et n'admet aucune exception dans le cas des armes nucléaires. Après avoir mûrement réfléchi, j'estime que l'illicéité de l'utilisation d'armes nucléaires ne dépend pas des circonstances de cette utilisation mais résulte des caractéristiques uniques et bien connues de ces armes dont l'emploi violerait le droit international quelles que soient les circonstances. Il est donc tout à fait inopportun que la conclusion de la Cour soit axée sur la question de la survie de l'Etat alors que la question qui se pose est celle de la licéité des armes nucléaires. Cette interprétation erronée de la question prive la conclusion de la Cour de toute base juridique.

Si en revanche la Cour avait bien perçu la question et voulu y apporter une réponse appropriée, elle aurait constaté que, sur la base du droit et des faits, elle pouvait très légitimement conclure à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance. Le fait que la Cour ne soit pas parvenue à cette constatation inévitable m'oblige à me dissocier fermement de sa conclusion principale.

Je me sens également tenu de mentionner certains doutes, plus généraux, que j'éprouve au sujet de l'avis consultatif dans son ensemble. Alors que l'objet des attributions consultatives de la Cour est de donner un avis juridique faisant autorité à l'organe qui le lui demande sur certains aspects d'une question dont il a à connaître dans l'exercice de ses fonctions, on a aussi utilisé ce mécanisme soit pour obtenir une interprétation autorisée des dispositions de la Charte ou des instruments constitutifs des institutions spécialisées soit pour donner des orientations à divers organes des Nations Unies concernant leurs fonctions. De plus, bien que les avis consultatifs de la Cour ne soient pas juridiquement contraignants et n'imposent aucune obligation en droit ni à l'organe demandeur ni aux Etats, ils ne sont pas pour autant privés d'effets car ils restent la loi «reconnue par les Nations Unies» (*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1956*, opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht, p. 46). Il en résulte que la Cour actuelle a à diverses reprises eu recours à sa compétence consultative comme moyen de participer aux travaux de l'Organisation des Nations Unies, aidant celle-ci à atteindre ses objectifs. Les avis consultatifs ont mis la Cour en mesure de contribuer utilement au développement et à la cristallisation du droit. C'est ainsi que, dans son avis consultatif sur la

development "of international law in regard to non-self-governing territories, as enshrined in the Charter of the United Nations" (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J. Reports 1971*, p. 31), which made the principle of self-determination applicable to such territories.

In its Advisory Opinion on the *Western Sahara*, the Court, citing the *Namibia* Opinion in relation to the principle of self-determination, stated that when questions are asked with reference to that principle, the Court

> "'must take into consideration the changes which have occurred in the supervening half-century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United Nations and by way of customary law'.
>
> . . . . . .
>
> 'In this domain, as elsewhere, the *corpus iuris gentium* has been considerably enriched, and this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore.'" (*I.C.J. Reports 1975*, p. 32, para. 56.)

The Court's Opinion in the case accordingly referred to Article 1 of the United Nations Charter and to the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples which, it said, "confirm and emphasize that the application of the right of self-determination requires a free and genuine expression of the will of the peoples concerned" (*I.C.J. Reports 1975*, p. 32, para. 55). Moreover, the Court insisted that

> "The validity of the principle of self-determination, defined as the need to pay regard to the freely expressed will of peoples is not affected by the fact that in certain cases the General Assembly has dispensed with the requirement of consulting the inhabitants of a given territory." (*Ibid.*, p. 33, para. 59.)

It can therefore be observed that through the medium of its advisory opinions, the Court has rendered normative decisions which have enabled the United Nations to achieve its objectives, in some cases even leading to the peaceful settlement of disputes, and has either contributed to the crystallization and development of the law or, with its imprimatur, affirmed the emergence of the law.

It is therefore to be regretted that, on this occasion, the Court would seem not only to have retreated from this practice of making its contribution to the development of the law on a matter of such vital importance to the General Assembly and to the international community as a whole but may, albeit unintentionally, have cast doubt on established or emerging rules of international law. Indeed, much of the approach of the Court in this Opinion is indicative of this attitude. When not looking for specific treaties or customary law rules supposed to regulate or prohibit the use of nuclear weapons, the Court has tended to declare either that it is

Namibie, la Cour a évoqué l'évolution du «droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971*, p. 31), qui a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires.

Dans son avis consultatif sur le *Sahara occidental*, la Cour, citant l'avis relatif à la *Namibie* à propos du principe de l'autodétermination, a dit que, si on lui pose des questions au sujet de ce principe, elle

> «doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume».
>
> . . . . . .
>
> Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer.» (*C.I.J. Recueil 1975*, p. 32, par. 56.)

L'avis de la Cour dans cette affaire a donc renvoyé à l'article 1 de la Charte ainsi qu'à la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux qui, a-t-elle dit, «confirment et soulignent ... que l'application du droit à l'autodétermination suppose l'expression libre et authentique de la volonté des peuples intéressés» (*C.I.J. Recueil 1975*, p. 32, par. 55). La Cour a souligné en outre que

> «La validité du principe d'autodétermination, défini comme répondant à la nécessité de respecter la volonté librement exprimée des peuples, n'est pas diminuée par le fait que dans certains cas l'Assemblée générale n'a pas cru devoir exiger la consultation des habitants de tel ou tel territoire.» (*Ibid.*, p. 33, par. 59.)

On peut donc relever que la Cour a rendu, au moyen de ses avis consultatifs, des décisions normatives qui ont permis aux Nations Unies d'atteindre leurs objectifs, et dans quelques cas ont abouti à un règlement pacifique de différends, et qu'elle a soit contribué à la cristallisation et au développement du droit soit, en donnant son imprimatur, consacré l'émergence du droit.

Il faut cependant regretter en l'espèce que non seulement la Cour soit revenue sur la pratique consistant à apporter sa contribution au développement du droit dans un domaine d'une si grande importance pour l'Assemblée générale et la communauté internationale dans son ensemble, mais encore qu'elle ait jeté, peut-être sans le vouloir, un doute sur des règles établies ou émergentes du droit international. Cette attitude explique en grande partie la démarche suivie par la Cour dans son avis consultatif. Lorsqu'elle ne recherchait pas des règles coutumières ou conventionnelles spécifiques censées réglementer ou interdire l'emploi d'armes nucléaires, la Cour a eu

not called upon to make a finding on the matter or that it is not necessary for it to take a position. For instance, regarding the matter of whether the principles and rules of humanitarian law are part of *jus cogens* as defined in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, the Court stated that there is no need for it to pronounce on the matter even though there is almost universal adherence to the fact that the Geneva Conventions of 1949 are declaratory of customary international law, and there is community interest and consensus in the observance of and respect for their provisions. A pronouncement of the Court emphasizing their humanitarian underpinnings and the fact that they are deeply rooted in the traditions and values of member States of the international community and deserve universal respect and protection, and not to be derogated from by States would assist in strengthening their legal observance especially in an era which has so often witnessed the most serious and egregious violation of humanitarian principles and rules and whose very raison d'être is irreconcilable with the use of nuclear weapons. This has been part of the judicial function of the Court — the establishment of international legal standards for the community of States and, in particular, for those that appear before it or are parties to its Statute. In the establishment of such legal standards, the Court, in the *Reservations* case, referred to the principles underlying the Convention on the Prohibition of Genocide as principles which are recognized by civilized nations "as binding on States, even without any conventional obligation" (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951*, p. 23). It also recognized the co-operation required by the Convention "in order to liberate mankind from such an odious scourge . . ." (*ibid.*). The Court noted that the Convention was adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose, "to safeguard the very existence of certain human groups and . . . to confirm and endorse the most elementary principles of morality" (*ibid.*). In the *Corfu Channel* case, the Court referred to "certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war" (*I.C.J. Reports 1949*, p. 22). Such pronouncements would undoubtedly have helped to foster a proper sense of restraint within the international community. In the *Barcelona Traction* case, the Court in discussing the obligations of States towards the international community stated that such obligations are *ergo omnes* and

> "derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law . . ." (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, I.C.J. Reports 1970*, p. 32, para. 34).

tendance à dire soit qu'elle n'était pas appelée à se prononcer en la matière soit qu'il n'était pas nécessaire qu'elle prenne position. Ainsi sur la question de savoir si les principes et règles du droit humanitaire font partie du *jus cogens* tel qu'il a été défini à l'article 53 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, la Cour a déclaré ne pas avoir à se prononcer sur ce point bien que l'on admette quasi universellement que les conventions de Genève de 1949 sont déclaratoires du droit international coutumier et que l'observation et le respect de leurs dispositions répondent à l'intérêt collectif et bénéficient d'un consensus de la part de la communauté. Une conclusion de la Cour soulignant les fondements humanitaires de ces dispositions, le fait qu'elles sont profondément enracinées dans les traditions et les valeurs des Etats membres de la communauté internationale et qu'elles méritent d'être respectées et protégées universellement sans que les Etats puissent y déroger contribuerait à renforcer l'application juridique de ces dispositions, tout spécialement à une époque qui a été si souvent le témoin des violations les plus graves et les plus flagrantes des principes et des règles du droit humanitaire — dont la raison d'être est inconciliable avec l'emploi d'armes nucléaires. Il relève de la fonction judiciaire de la Cour de fixer des normes juridiques internationales pour la communauté des Etats et en particulier pour ceux qui se présentent devant elle ou sont parties à son Statut. Pour établir de telles normes, la Cour a dit, dans l'affaire des *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, que les principes qui sont la base de cette convention sont des principes reconnus par les nations civilisées «comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23). Elle a mentionné aussi la coopération nécessaire qu'exigeait la convention «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux» *(ibid.)*. La Cour a noté que la convention avait été adoptée dans un but purement humanitaire et civilisateur «pour sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, ... confirmer et ... sanctionner les principes de morale les plus élémentaires» *(ibid.)*. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour s'est référée à «certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre» *(C.I.J. Recueil 1949*, p. 22). De telles constatations auraient sans aucun doute contribué à encourager la communauté internationale à faire preuve de modération. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a dit, à propos des obligations des Etats envers la communauté internationale, qu'il s'agissait d'obligations *erga omnes* qui

> «découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et de génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général...» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 34.)

In the case under consideration, the Court would appear to have been all too reluctant to take a position of principle on a question involving what the late Judge Nagendra Singh has described as the most important aspect of international law facing humanity today (*Nuclear Weapons and International Law*, p. 17). Instead, the Court would seem to have attempted to overcome this fundamental issue about the *jus cogens* character of some of the principles and rules of humanitarian law by saying that the request transmitted to it "does not raise the question of the character of the humanitarian law which would apply to the use of nuclear weapons". With respect they do. A pronouncement by the Court regarding the character and application of such rules, while not a guarantee of their observance at all times, would nevertheless be considered as a reaffirmation of those rules as they relate to human values which are already protected by positive legal principles and, when taken together, reveal certain criteria of public policy. (See I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1990, p. 28.) H. Lauterpacht has also stated that, among other reasons, many of the provisions of the Geneva Conventions following as they do from "compelling considerations of humanity, are declaratory of universally binding international custom" (E. Lauterpacht (ed.), *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, 1970, p. 115). The International Law Commission pointed out in its commentary on Article 50 (now 53) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, that "it is not the form of a general rule of international law, but the particular nature of the subject-matter with which it deals that may . . . give it a character of *jus cogens*". Already in 1980, the Commission observed that "some of the rules of humanitarian law are, in the opinion of the Commission, rules which impose obligations of *jus cogens*".

The Court also adopted the judicial policy of "non-pronouncement" on the question of belligerent reprisals — an issue most pertinent to the question before it — "save to observe that in any case any right of recourse to such reprisals would, like self-defence, be governed *inter alia* by the principle of proportionality" (para. 46). It is to say the least strange that the Court should refrain from pronouncing on the lawfulness or otherwise of belligerent reprisals, particularly if it would involve the use of nuclear weapons. Under contemporary international law, belligerent reprisals, if carried out with nuclear weapons, would grossly violate humanitarian law in any circumstance and international law in general. More specifically the Geneva Conventions prohibit such reprisals against a range of protected persons and objects as reaffirmed in Additional Protocol I of 1977. According to the Protocol, all belligerent parties are prohibited from carrying out belligerent reprisals. If nuclear weapons were used and given the characteristics of those weapons, their inability to discriminate between civilians and combatants and between civilian and military objectives, together with the likelihood of violations of the prohibition of unnecessary suffering and superfluous injuries to

Dans l'affaire qui nous concerne, il semble que la Cour se soit montrée trop hésitante à prendre une position de principe sur une question portant sur ce que M. Nagendra Singh, aujourd'hui décédé, décrivait comme l'aspect le plus important du droit international que l'humanité doit affronter aujourd'hui (*Nuclear Weapons and International Law*, p. 17). Au lieu de cela, il semblerait que la Cour se soit efforcée de venir à bout de la question fondamentale de savoir si certains des principes et règles du droit humanitaire relevaient du *jus cogens* en disant que la demande qui lui avait été adressée «ne soulève pas la question de savoir quelle serait la nature du droit humanitaire qui s'appliquerait à l'emploi des armes nucléaires». Je me permets de dire qu'elle la soulève. Si la Cour se prononçait sur la nature et l'application de ces règles, cela ne garantirait peut-être pas leur respect en toutes circonstances, mais cela serait néanmoins considéré comme une réaffirmation de ces règles dans la mesure où elles se rattachent à des valeurs humaines déjà protégées par des principes de droit positif qui, pris dans leur ensemble, attestent l'existence de certains critères d'ordre public (voir I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1990, p. 28). H. Lauterpacht a dit aussi qu'entre autres raisons nombre des dispositions des conventions de Genève résultant effectivement de «considérations impérieuses d'humanité sont déclaratoires d'une coutume internationale obligatoire sur le plan universel» (E. Lauterpacht, dir. publ., *International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, 1970, p. 115). La Commission du droit international a souligné dans son commentaire sur l'article 50 (devenu aujourd'hui l'article 53) de la convention de Vienne sur le droit des traités que «ce n'est pas la forme d'une règle générale de droit international mais la nature particulière du sujet dont elle traite qui peut lui donner le caractère de *jus cogens*». En 1980 déjà, la Commission a fait observer que «certaines règles de droit humanitaire sont, selon elle, des règles qui imposent des obligations relevant du *jus cogens*».

La Cour a également adopté une ligne d'action consistant à ne pas se prononcer sur le problème des représailles en temps de guerre — problème particulièrement pertinent au regard de la question qui lui était posée — «sinon pour observer qu'en tout état de cause tout droit de recourir à de telles représailles serait, comme le droit de légitime défense, régi, notamment, par le principe de proportionnalité» (par. 46). Il est pour le moins étrange que la Cour s'abstienne de statuer sur la licéité ou l'illicéité des représailles en temps de guerre en particulier si cela devait donner lieu à l'emploi d'armes nucléaires. Dans le droit international contemporain, des représailles en temps de guerre exercées au moyen d'armes nucléaires constitueraient une violation flagrante du droit humanitaire en toute circonstance et, plus généralement, du droit international. Plus précisément, les conventions de Genève interdisent de telles représailles contre un certain nombre de personnes et de biens protégés, comme cela a été réaffirmé dans le protocole additionnel I de 1977. Selon le protocole, il est interdit aux belligérants d'exercer des représailles en temps de guerre. Si, étant donné les caractéristiques des armes nucléaires, leur incapacité à faire une distinction entre civils et combattants et entre objectifs civils et objectifs militaires, de telles armes étaient employées

belligerents, such reprisals would at a minimum be contrary to established humanitarian law and would therefore be unlawful. The Court's "judicial restraint" on an issue of such crucial importance to the question before it contributes neither to the clarification of the law, let alone to its observance.

The Court's reluctance to take a legal position on some of the important issues which pertain to the question before it could also be discerned from what may be described as a "judicial odyssey" in search of a specific conventional or customary rule specifically authorizing or prohibiting the use of nuclear weapons, which only led to the discovery that no such specific rule exists. Indeed, if such a specific rule did exist, it is more than unlikely that the question would have been brought before the Court in its present form, if at all. On the other hand, the absence of a specific convention prohibiting the use of nuclear weapons should not have suggested to the Court that the use of such weapons might be lawful, as it is generally recognized by States that customary international law embodies principles which are applicable to the use of such weapons. Hence the futile quest for specific legal prohibition can only be attributable to an extreme form of positivism, which is out of keeping with the international jurisprudence — including that of this Court. The futility of such an enterprise was recognized by the British-American Claims Arbitral Tribunal in the *Eastern Extension, Australia and China Telegraph Company* case, where it was held that even if there were no specific rule of international law applicable to a case, it could not be said that there was no rule of international law to which resort might be had:

> "International law, as well as domestic law, may not contain, and generally does not contain, express rules decisive of particular cases; but the function of jurisprudence is to resolve the conflict of opposing rights and interests by applying, in default of any specific provision of law, the corollaries of general principles, and so to find — exactly as in the mathematical sciences — the solution of the problem. This is the method of jurisprudence; it is the method by which the law has been gradually evolved in every country, resulting in the definition and settlement of legal relations as well between States as between private individuals." (United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. VI, pp. 114-115.)

Such then has been the jurisprudential approach to issues before the Court. The Court has applied legal principles and rules to resolve the conflict of opposing rights and interests where no specific provision of the law exists, and has relied on the corollaries of general principles in order to find a solution to the problem. The Court's approach has not been restricted to a search for a specific treaty or rule of customary law specifically regulating or applying to a matter before it and, in the absence of

pour exercer des représailles, outre qu'elles violeraient l'interdiction de causer des souffrances inutiles ou des maux superflus aux belligérants, celles-ci seraient à tout le moins contraires au droit humanitaire établi et, partant, illicites. La «réserve judiciaire» de la Cour sur un point d'une importance aussi cruciale pour la question qui lui est posée ne contribue pas à la clarification du droit, sans parler de son observation.

La réticence manifestée par la Cour à prendre une position juridique sur certains des points importants intéressant la question dont elle est saisie ressort bien de ce que l'on peut appeler l'«odyssée judiciaire» de la Cour durant laquelle elle a cherché une règle conventionnelle ou coutumière spécifique autorisant ou interdisant expressément l'emploi d'armes nucléaires pour découvrir finalement qu'il n'en existe aucune. Si une telle règle existait, il est fort peu probable que la question aurait été posée à la Cour sous la forme où elle l'a été et peut-être même n'aurait-elle pas été posée du tout. Mais l'absence d'une convention interdisant expressément l'emploi d'armes nucléaires n'aurait pas dû l'amener à penser que cet emploi pourrait être licite dès lors que les Etats admettent en général que le droit international coutumier consacre des principes applicables à l'utilisation de ces armes. La vaine recherche d'une interdiction juridique expresse ne peut donc s'expliquer que par une forme extrême de positivisme qui n'est plus en accord avec la jurisprudence internationale — y compris celle de la Cour. La futilité d'une telle entreprise a été reconnue par le tribunal arbitral américano-britannique des réclamations dans l'affaire *Eastern Extension, Australia and China Telegraph Company* où le tribunal a dit que, même en l'absence d'une règle de droit international expressément applicable dans une affaire, on ne pouvait prétendre qu'aucune règle de droit international ne pouvait être appliquée:

> «Il se peut que le droit international, comme le droit interne, ne contienne pas de règle expresse permettant de trancher une affaire déterminée et généralement il n'en contient pas mais la fonction de la jurisprudence est de résoudre le conflit entre droits et intérêts opposés en appliquant, à défaut de toute disposition spécifique de la loi, les corollaires des principes généraux et de trouver ainsi — exactement comme en mathématiques — la solution du problème. Telle est la méthode jurisprudentielle; c'est grâce à cette méthode que le droit s'est graduellement développé dans tous les pays, aboutissant à la définition et à l'aménagement des rapports juridiques aussi bien entre les Etats qu'entre les particuliers.» (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 114.)

Telle a été la démarche jurisprudentielle de la Cour à l'égard des questions qu'elle avait à régler. Elle a appliqué des principes et des règles juridiques pour résoudre le conflit entre droits et intérêts opposés là où la loi ne contenait aucune disposition expresse et elle s'est appuyée sur les corollaires des principes généraux afin de trouver une solution au problème. La Cour ne s'est pas bornée à chercher un traité ou une règle de droit coutumier régissant spécifiquement le cas dont elle était saisie et, en l'absence

such a specific rule or treaty, it has not declared that it cannot definitively conclude or that it is unable to reach a decision or make a determination on that matter. The Court has in the past — rightly in my view — not imposed such restrictions upon itself when discharging its judicial function to decide disputes in accordance with international law, but has referred to the principles of international law, to equity and to its own jurisprudence in order to define and settle the legal issues referred to it.

On the other hand, the search for specific rules led the Court to overlook or not fully to apply the principles of the United Nations Charter when considering the question before it. One such principle that does not appear to have been given its due weight in the Judgment of the Court is Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations, which provides that "The Organization is based on the principle of sovereign equality of all its Members." The principle of sovereign equality of States is of general application. It presupposes respect for the sovereignty and territorial integrity of all States. International law recognizes the sovereignty of each State over its territory as well as the physical integrity of the civilian population. By virtue of this principle, a State is prohibited from inflicting injury or harm on another State. The principle is bound to be violated if nuclear weapons are used in a given conflict, because of their established and well-known characteristics. The use of such weapons would not only result in the violation of the territorial integrity of non-belligerent States by radioactive contamination, but would involve the death of thousands, if not millions, of the inhabitants of territories not parties to the conflict. This would be in violation of the principle as enshrined in the Charter, an aspect of the matter that would appear not to have been taken fully into consideration by the Court when making its findings.

I am likewise constrained to express my apprehension over some of the other findings in the Advisory Opinion with regard to respect for human rights and genocide, the protection of the natural environment and the policy of deterrence. With regard to genocide, it is stated that genocide would be considered to have been committed if a recourse to nuclear weapons resulted from an intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such. This reflects the text of the Genocide Convention. However, one must be mindful of the special characteristics of the Convention, its object and purpose, to which the Court itself referred in the *Reservations* case as being to condemn and punish

> "'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations" (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports 1951*, p. 23);

d'un traité ou d'une règle de ce genre, elle n'a pas dit qu'elle ne pouvait pas aboutir à une conclusion définitive ou qu'elle n'était pas en mesure de parvenir à une décision ou de statuer en la matière. La Cour ne s'est pas — à juste titre, selon moi —, dans le passé, imposée de telles restrictions dans l'exercice de sa fonction judiciaire qui consiste à régler les différends conformément au droit international, mais elle s'est référée aux principes du droit international, à l'équité ou à sa propre jurisprudence afin de définir et de trancher les questions juridiques qui lui étaient soumises.

Or la recherche de règles spécifiques a amené la Cour à méconnaître ou à ne pas appliquer pleinement les principes de la Charte des Nations Unies dans l'examen de la question posée. Un principe auquel la Cour ne paraît pas avoir attaché toute l'importance voulue dans sa décision est le paragraphe 1 de l'article 2 de la Charte selon lequel: «L'Organisation est fondée sur l'égalité souveraine des Etats.» Le principe de l'égalité souveraine des Etats est d'application générale. Il présuppose le respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de tous les Etats. Le droit international reconnaît la souveraineté de chaque Etat sur son territoire de même que l'intégrité physique de la population civile. En vertu de ce principe, il est interdit à un Etat d'infliger des dommages ou de porter préjudice à un autre Etat. Ce principe ne peut qu'être violé si des armes nucléaires sont employées dans un conflit donné, en raison des caractéristiques avérées et bien connues qu'elles présentent. L'utilisation de telles armes ne constituerait pas seulement une violation de l'intégrité territoriale d'Etats non belligérants due à une contamination radioactive, mais elle entraînerait la mort de milliers, voire de millions, de personnes habitant des territoires de pays non parties au conflit. Ce serait là violer le principe consacré dans la Charte, mais cet aspect de la question ne paraît pas avoir été pleinement pris en considération par la Cour quand elle a adopté ses conclusions.

Je me sens également tenu d'exprimer mes craintes au sujet de certaines autres déclarations figurant dans l'avis consultatif concernant les droits de l'homme et le génocide, la protection de l'environnement et la politique de dissuasion. S'agissant du génocide, il est dit que l'on considérerait qu'il y a génocide si le recours à l'arme nucléaire résultait d'une intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel. Cela reflète le texte de la convention sur le génocide. Il ne faut cependant pas oublier les traits particuliers de la convention, son objet et son but, dont la Cour elle-même a dit, dans l'affaire des *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* qu'elle vise à condamner et à réprimer le génocide comme

> «un crime de droit des gens» impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23).

while further pointing out

> "that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation" (*I.C.J. Reports 1951*, p. 23).

It further emphasized the co-operation required in order "to liberate mankind from such an odious scourge" and, given the humanitarian and civilizing purpose of the Convention, it referred to it as intended "to safeguard the very existence of certain human groups", and "to confirm and endorse the most elementary principles of morality". The Court cannot therefore view with equanimity the killing of thousands, if not millions, of innocent civilians which the use of nuclear weapons would make inevitable, and conclude that genocide has not been committed because the State using such weapons has not manifested any intent to kill so many thousands or millions of people. Indeed, under the Convention, the quantum of the people killed is comprehended as well. It does not appear to me that judicial detachment requires the Court from expressing itself on the abhorrent shocking consequences that a whole population could be wiped out by the use of nuclear weapons during an armed conflict, and the fact that this could tantamount to genocide, if the consequences of the act could have been foreseen. Such expression of concern may even have a preventive effect on the weapons being used at all.

As to whether recourse to nuclear weapons would violate human rights, in particular the right to human life, the Court found that it was never envisaged that the lawfulness or otherwise of such weapons would be regulated by the International Covenant on Civil and Political Rights. While this is accepted as a legal position, it does seem to me that too narrow a view has been taken of the matter. It should be recalled that both human rights law and international humanitarian law have as their raison d'être the protection of the individual as well as the worth and dignity of the human person, both during peacetime or in an armed conflict. It is for this reason, to my mind, that the United Nations Charter, which was adopted immediately after the end of the Second World War in the course of which serious and grave violations of human rights had occurred, undertook to protect the rights of individual human beings whatever their race, colour or creed, emphasizing that such rights were to be protected and respected even during an armed conflict. It should not be forgotten that the Second World War had witnessed the use of the atomic weapon in Hiroshima and Nagasaki, resulting in the deaths of thousands of human beings. The Second World War therefore came to be regarded as the period epitomizing gross violations of human rights. The possibility that the human rights of citizens, in particular their right to life, would be violated during a nuclear conflagration, is a matter which falls within the purview of the Charter and other relevant international legal instruments. Any activity which involves a terrible violation

La Cour a poursuivi en ces termes:

> «les principes qui sont à la base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23).

Elle a souligné encore qu'une coopération était nécessaire «pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux» et, vu l'objectif humanitaire et civilisateur de la convention, elle a dit que cette convention visait à «sauvegarder l'existence même de certains groupes humains» et à «confirmer et ... sanctionner les principes de morale les plus élémentaires». La Cour ne saurait donc envisager avec équanimité la mort de milliers, voire de millions, de civils innocents, qui résulterait inévitablement de l'emploi des armes nucléaires et conclure qu'il n'y a pas eu génocide car l'Etat qui s'est servi de ces armes n'avait pas manifesté l'intention de tuer tant de milliers ou de millions d'individus. Qui plus est, la Convention tient bel et bien compte de l'importance numérique des victimes. Il ne me semble pas que la réserve judiciaire oblige la Cour à s'abstenir de s'exprimer sur le fait que l'emploi d'armes nucléaires dans un conflit armé peut aboutir à cette conséquence atroce et abominable que constitue l'élimination d'une population tout entière et sur le fait que cela revient à un génocide dès lors que les conséquences de l'acte étaient prévisibles. Une telle expression d'inquiétude pourrait peut-être même avoir un effet préventif sur l'utilisation de ces armes.

Concernant le point de savoir si le recours aux armes nucléaires violerait les droits de l'homme, en particulier le droit à la vie, la Cour a estimé que l'on n'avait jamais envisagé que le pacte international relatif aux droits civils et politiques régisse la question de la licéité de ces armes. On peut admettre cette position juridique mais il me semble que la question a été envisagée de façon trop étroite. Il faut rappeler en effet que la raison d'être aussi bien des droits de l'homme que du droit international humanitaire est de protéger l'individu ainsi que la valeur et la dignité de la personne humaine, à la fois en temps de paix et pendant les conflits armés. C'est pour cela à mon avis que la Charte des Nations Unies, adoptée juste après la fin de la seconde guerre mondiale — pendant laquelle des violations graves des droits de l'homme s'étaient produites — s'est engagée à protéger les droits de l'être humain, sans distinction de race, de couleur ou de conviction, et a souligné que ces droits devaient être protégés et respectés même pendant un conflit armé. Il ne faut pas oublier que c'est durant la seconde guerre mondiale que l'arme atomique a été utilisée à Hiroshima et à Nagasaki, causant des milliers de morts. On en est donc venu à considérer cette période comme l'illustration même des violations flagrantes des droits de l'homme. La possibilité que les droits fondamentaux du citoyen, en particulier le droit à la vie, soient violés pendant une conflagration nucléaire est une question qui relève de la Charte et d'autres instruments juridiques internationaux pertinents. Toute activité entraînant une très grave violation des principes de la

of the principles of the Charter deserves to be considered in the context of both the Charter and the other applicable rules. It is evidently in this context that the Human Rights Committee under the International Covenant on Civil and Political Rights adopted, in November 1984, a "general comment" on Article 6 of the Covenant (Right to Life), according to which the production, testing, possession, deployment and use of nuclear weapons ought to be prohibited and recognized as crimes against humanity. It is to be recalled that Article 6 of the Charter of the Nuremberg Tribunal defined crimes against humanity as "murder, extermination . . ., and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during war . . .". It follows that the Nuremberg principles are likewise pertinent to the matter just considered by the Court.

With regard to the protection and safeguarding of the natural environment, the Court reached the conclusion that existing international law does not prohibit the use of nuclear weapons, but that important environmental factors are to be taken into account in the context of the implementation of the principles and rules of law applicable in armed conflict. The Court also found that relevant treaties in relation to the protection of the natural environment could not have intended to deprive a State of the exercise of its right to self-defence under international law.

In my view, what is at issue is not whether a State might be denied its right to self-defence under the relevant treaties intended for the protection of the natural environment, but rather that, given the known qualities of nuclear weapons when exploded as well as their radioactive effects which not only contaminate human beings but the natural environment as well including agriculture, food, drinking water and the marine ecosystem over a wide area, it follows that the use of such weapons would not only cause severe and widespread damage to the natural environment, but would deprive human beings of drinking water and other resources needed for survival. In recognition of this, the First Additional Protocol of 1977 makes provision for the preservation of objects indispensable to the survival of the civilian population, such as foodstuffs, agricultural produce, drinking water installations, etc. The Advisory Opinion should have considered the question posed in relation to the protection of the natural environment from this perspective, rather than giving the impression that the argument advanced was about denying a State its legitimate right of self-defence.

The Advisory Opinion considered that the fact of nuclear weapons not having been used for 50 years cannot be regarded as an expression of an *opinio juris*. The legal basis for such a recognition was not elaborated; it was more in the nature of an assertion. However, the Court was unable to find that the conviction of the overwhelming majority of States that the fact that nuclear weapons have not been used for the last 50 years has established an *opinio juris* in favour of the prohibition of such use, was such as to have a bearing on its Opinion. In this connection, the Court

Charte doit être envisagée en tenant compte de la Charte et des autres règles applicables. C'est évidemment dans ce contexte que le Comité des droits de l'homme, constitué en application du pacte international relatif aux droits civils et politiques, a adopté en novembre 1984 une observation générale sur l'article 6 du pacte (droit à la vie) en vertu de laquelle la fabrication, la mise à l'essai, la possession, le déploiement et l'utilisation d'armes nucléaires devraient être interdits et qualifiés de crimes contre l'humanité. On doit rappeler que l'article 6 du statut du Tribunal de Nuremberg a défini comme crimes contre l'humanité: «l'assassinat, l'extermination ... et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles avant ou pendant la guerre...» Il s'ensuit que les principes de Nuremberg sont eux aussi pertinents au regard de la question que la Cour vient d'examiner.

En ce qui concerne la protection et la sauvegarde de l'environnement naturel, la Cour est parvenue à la conclusion que le droit international existant n'interdit pas l'emploi d'armes nucléaires mais que d'importantes considérations d'ordre écologique doivent être prises en compte dans le cadre de la mise en œuvre des principes et règles du droit applicable dans les conflits armés. La Cour a estimé aussi que les traités adoptés pour protéger l'environnement naturel n'ont pas entendu priver un Etat de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international.

A mon sens, il s'agit non pas de savoir si un Etat peut être privé du droit de légitime défense en vertu de traités relatifs à la protection de l'environnement naturel mais de savoir si, étant donné les caractéristiques connues des explosions d'armes nucléaires et étant donné leur radioactivité qui a pour effet de contaminer sur de vastes superficies non seulement les êtres humains mais aussi l'environnement et notamment l'agriculture, l'alimentation, l'eau potable et l'écosystème marin, il en résulte que l'emploi de ces armes causerait des dommages graves et étendus à l'environnement et priverait les êtres humains de l'eau potable et des ressources nécessaires à leur survie. Tenant compte de cela, le premier protocole additionnel de 1977 prévoit la protection de ce qui est indispensable à la survie de la population civile — vivres, produits agricoles, installations d'eau potable, etc. L'avis consultatif aurait dû examiner la question posée par rapport à la protection de l'environnement naturel dans cette perspective au lieu de donner l'impression que l'argument avancé concernait le refus de reconnaître à l'Etat son droit de légitime défense.

L'avis consultatif considère que l'on ne peut voir dans la non-utilisation des armes nucléaires pendant cinquante ans l'expression d'une *opinio juris*. La base juridique de ce constat n'est pas expliquée; il s'agit plutôt d'une simple assertion. Quoi qu'il en soit, la Cour n'a pas estimé que la conviction partagée par une écrasante majorité d'Etats selon laquelle la non-utilisation des armes nucléaires pendant cinquante ans avait établi une *opinio juris* dans le sens d'une interdiction de leur emploi devait avoir une influence sur sa décision. A cet égard, la Cour aurait dû attacher plus

should have given due consideration and weight to the statements of the overwhelming majority of States together with the resolutions adopted by various international organizations on the use of nuclear weapons, as evidence of the emergence of an *opinio juris*.

In my view, it was injudicious for the Court to have appeared to give legal recognition to the doctrine of deterrence as a principle of international law. While it is legitimate that judicial notice should be taken of that policy, the Court should have realized that it has the potential of being declared illegal if implemented, as it would involve a nuclear conflict between belligerents with catastrophic consequences for the civilian population not only of the belligerent parties but those of States not involved in such a conflict, and could result in the violation of international law in general and humanitarian law in particular. It would therefore have been prudent for the Court to have refrained from taking a position on this matter, which is essentially non-legal.

Be that as it may, the Advisory Opinion cannot be considered as entirely without legal merit or significance. The positive findings it contains should be regarded as a step forward in the historic process of imposing legal restraints in armed conflicts. Some of those restraints as they relate to nuclear weapons have now found expression in the opinion of the Court. For the first time in its history, indeed in the history of any tribunal of similar standing, the Court has declared and confirmed that nuclear weapons are subject to international law; that a threat or use of force by means of nuclear weapons that is contrary to Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter, and that fails to meet the requirements of Article 51 is unlawful. The Court has also held that any threat or use of nuclear weapons that is incompatible with the requirements of international law applicable in armed conflict, particularly those of the principles of humanitarian law as well as specific obligations under the treaties or other undertakings, dealing expressly with nuclear weapons, would be unlawful. Inferentially, it is because recourse to nuclear weapons could not meet the aforementioned requirements that the Court has found

> "that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law" (paragraph 2 E of the *dispositif*).

This finding, though qualified, should be regarded as of normative importance, when taken together with the other conclusions reached by the Court. Among other things, it is a rejection of the argument that since humanitarian law pre-dated the invention of nuclear weapons, it could not therefore be applicable to those weapons. On the contrary, the Court has found that given the intrinsic character of the established principles and rules of humanitarian law, it does apply to them.

de poids aux déclarations faites par l'écrasante majorité des Etats ainsi qu'aux résolutions adoptées par diverses organisations internationales sur l'usage des armes nucléaires, en tant que preuves de l'émergence d'une *opinio juris*.

A mon avis, il n'était pas judicieux que la Cour paraisse accorder une reconnaissance juridique à la doctrine de la dissuasion comme principe de droit international. S'il est légitime que la Cour constate l'existence de cette politique, elle aurait dû avoir conscience que, une fois mise en œuvre, la doctrine en question peut être déclarée illicite car son application suppose un conflit nucléaire lourd de conséquences catastrophiques non seulement pour la population civile des Etats belligérants mais aussi pour celle d'Etats étrangers au conflit et peut déboucher sur la violation du droit international en général et du droit humanitaire en particulier. Il aurait donc été plus sage que la Cour s'abstienne de prendre position en cette matière, essentiellement non juridique.

Quoi qu'il en soit, on ne saurait considérer que l'avis consultatif est entièrement dépourvu de valeur ou de portée juridique. Les constatations positives qu'il contient doivent être considérées comme des progrès dans le processus historique qui tend à imposer des restrictions juridiques dans les conflits armés. Certaines de ces limitations concernant les armes nucléaires sont maintenant mentionnées dans l'avis de la Cour. Pour la première fois dans son histoire — comme d'ailleurs dans l'histoire de tout autre tribunal du même rang — la Cour déclare et confirme que les armes nucléaires relèvent du droit international; que la menace ou l'emploi de la force au moyen d'armes nucléaires qui serait contraire à l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies et qui ne satisferait pas à toutes les prescriptions de son article 51 est illicite. La Cour dit aussi que toute menace ou tout emploi d'armes nucléaires qui est incompatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles des principes et règles du droit international humanitaire, ainsi qu'avec les obligations particulières en vertu des traités et autres engagements qui ont expressément trait aux armes nucléaires serait illicite. On peut en déduire que c'est parce que le recours aux armes nucléaires ne peut satisfaire aux exigences susmentionnées que la Cour conclut:

> «la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire» (paragraphe 2, alinéa E, du dispositif).

Rapprochée des autres conclusions de la Cour, cette déclaration, si nuancée soit-elle, doit être considérée comme importante sur le plan normatif. En particulier, elle écarte l'argument selon lequel, le droit humanitaire ayant précédé l'invention de l'arme nucléaire, il ne saurait s'appliquer à elle. La Cour estime au contraire que, vu le caractère intrinsèque des règles et des principes établis du droit humanitaire, celui-ci s'applique bien à elle.

It is in the response to these juridical findings of both historic and normative importance that I have voted in favour of paragraphs 2A, 2C, 2D and 2F of the *dispositif*, but not without reservations with respect to paragraph 2C.

However, I have voted against paragraph 2 B according to which the Court finds that there is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat of nuclear weapons as such. Such a finding, in my view, is not in accordance with the law. At the very least, the use of nuclear weapons would violate the prohibition of the use of poison weapons as embodied in Article 23 *(a)* of the Hague Convention of 1899 and 1907 as well as the Geneva Gas Protocol of 1925 which prohibits the use of poison gas and/or bacteriological weapons. Because of its universal adherence, the Protocol is considered binding on the international community as a whole. Furthermore, the prohibition of the use of poison gas is now regarded as a part of customary international law binding on all States, and, the finding by the Court in paragraph 2 B cannot be sustained in the face of the Geneva Conventions of 1949 and the 1977 Additional Protocols thereto either. With regard to the Conventions, they are as of today binding on at least 186 States and their universal acceptance is said to be even greater than that of the United Nations Charter. Accordingly, those treaties are now recognized as a part of customary international law binding on all States. The Court in its Judgment in the *Nicaragua* case confirmed that the Conventions are a part of customary international law, when it stated that:

> "there is an obligation . . . in the terms of Article 1 of the Geneva Conventions, to 'respect' the Conventions and even 'to ensure respect' for them 'in all circumstances', since such an obligation does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), I.C.J. Reports 1986*, p. 114, para. 220).

By reference to the humanitarian principles of international law, the Court recognized that the Conventions themselves are reflective of customary law and as such universally binding. The same reasoning applies to Additional Protocol I in particular, which constitutes a restatement and a reaffirmation of customary law rules based on the earlier Geneva and Hague Conventions. To date, 143 States have become parties to the Protocol, and the customary force of the provisions of the Protocol are not based on the formal status of the Protocol itself.

In the light of the foregoing conclusion, it cannot be maintained, as the Court has done, that there is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat

C'est en réaction aux conclusions juridiques qui présentent une importance à la fois historique et normative que j'ai voté pour les alinéas A, C, D, et F du paragraphe 2 du dispositif, non sans formuler des réserves en ce qui concerne l'alinéa C.

En revanche j'ai voté contre le paragraphe 2 B où la Cour dit que ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles. Cette conclusion n'est pas, selon moi, conforme au droit. Le recours aux armes nucléaires violerait à tout le moins l'interdiction d'employer des «armes toxiques» édictée à l'article 23 *a)* des conventions de La Haye de 1899 et de 1907 et le protocole de Genève de 1925 qui interdit l'usage de gaz toxiques et/ou d'armes bactériologiques. Ce protocole ayant recueilli une adhésion universelle, il est admis qu'il lie la communauté internationale dans son ensemble. En outre, l'interdiction de l'emploi de gaz toxiques est maintenant considérée comme faisant partie du droit international coutumier obligeant tous les Etats de sorte que la conclusion de la Cour au paragraphe 2 B du dispositif est indéfendable eu égard aux conventions de Genève de 1949 et des protocoles additionnels y relatifs de 1977. Pour ce qui est des conventions, elles lient aujourd'hui cent quatre-vingt-six Etats au moins, si bien que leur universalité paraît plus grande encore que celle de la Charte des Nations Unies. En conséquence, il est maintenant admis que ces traités font partie du droit international coutumier liant tous les Etats. Dans son arrêt dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour a confirmé que les conventions faisaient partie du droit international coutumier lorsqu'elle a déclaré:

> «les Etats-Unis ont l'obligation, selon les termes de l'article premier des ... conventions de Genève, de «respecter» et même de «faire respecter» ces conventions «en toute circonstance», car une telle obligation ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que l'expression concrète» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 114, par. 220).

Se référant aux principes humanitaires du droit international, la Cour a constaté que les conventions elles-mêmes expriment le droit coutumier et de ce fait liaient tous les Etats. Le même raisonnement vaut en particulier pour le protocole additionnel I qui a reformulé et réaffirmé des règles de droit coutumier fondées sur les conventions antérieures de Genève et de La Haye. A ce jour, cent quarante-trois Etats sont parties au protocole et la force coutumière de ces dispositions ne résulte pas de leur incorporation formelle dans le protocole lui-même.

Compte tenu de ce qui précède, on ne peut soutenir, comme la Cour l'a fait, que ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de

or use of nuclear weapons as such. Such a finding is not consistent with its jurisprudence either as alluded to above.

I have however voted in favour of paragraph 2 F of the *dispositif* which stresses the obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control. I am of the view that the parties to the 1968 Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, realizing the danger posed to all States by the proliferation of nuclear weapons, entered into a binding commitment to end the nuclear arms race at an early date and to embark on nuclear disarmament. The dangers that those weapons posed for humanity in 1968 are still current today, as is evident from the decision taken in 1995 by the States parties to the Treaty, to make it permanent. The obligation to eliminate those weapons remains binding on those States so as to remove the threat such weapons pose to violate the Charter or the principles and rules of humanitarian law. There is accordingly a correlation between the obligation of nuclear disarmament assumed by those States parties to the Non-Proliferation Treaty and the obligations assumed by States under the United Nations Charter and under the law applicable in armed conflict, in particular international humanitarian law.

Despite this and some of the other normative conclusions reached by the Court in its Advisory Opinion, it is a matter of profound regret that on the actual question put to it, that is, whether it is permitted under international law to use nuclear weapons in any circumstances, the Court flinched and failed to reach the only and inescapable finding, namely, that in view of the established facts of the use of such weapons, it is inconceivable that there is any circumstance in which their use would not violate the principles and rules of international law applicable in armed conflict and, in particular, the principles and rules of humanitarian law. By not answering the question and leaving it to States to decide the matter, the Court declined the challenge to reaffirm the applicability of the rules of law and of humanitarian law in particular to nuclear weapons and to ensure the protection of human beings, of generations unborn and of the natural environment against the use of such weapons whose destructive power, we have seen, is unable to discriminate between combatants and non-combatants, cannot spare hospitals or prisoner-of-war camps and can cause suffering out of all proportion to military necessity leaving their victims to die as a result of burns after weeks of agony, or to be afflicted for life with painful infirmities. The request by the General Assembly was for the Court, as the guarantor of legality, to affirm that because of these consequences, the use of nuclear weapons is unlawful under international law. A determination that this Court as a court of law should have been able to make.

la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles. Une telle conclusion n'est pas non plus compatible avec la jurisprudence de la Cour qui a été rappelée ci-dessus.

J'ai voté cependant pour le paragraphe 2 F du dispositif qui souligne l'obligation de poursuivre de bonne foi et de mener à terme des négociations conduisant au désarmement nucléaire dans tous ses aspects, sous un contrôle international strict et efficace. Je suis d'avis que les parties au traité de 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires, conscientes du danger que la prolifération fait courir à tous les Etats, ont pris l'engagement contraignant de mettre fin rapidement à la course aux armes nucléaires et d'entreprendre le désarmement nucléaire. Les risques que ces armes représentaient pour l'humanité en 1968 existent toujours, comme cela résulte de la décision prise en 1995 par les Etats parties au traité de donner à celui-ci un caractère permanent. L'obligation d'éliminer les armes nucléaires continue à s'imposer à ces Etats, l'objectif étant d'écarter la menace que ces armes peuvent présenter et d'où pourrait résulter la violation de la Charte ou des principes et règles du droit humanitaire. Il y a donc une corrélation entre l'obligation de désarmement nucléaire assumée par ces Etats parties au traité sur la non-prolifération et les obligations assumées par les Etats en vertu de la Charte des Nations Unies ainsi que du droit applicable dans les conflits armés, et spécialement du droit international humanitaire.

Malgré cela et en dépit de certaines autres conclusions normatives auxquelles la Cour est parvenue dans son avis consultatif, je regrette profondément que, sur la vraie question qui lui était posée, à savoir s'il est permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance, la Cour ait hésité à prendre position et n'ait pas adopté la seule et inéluctable conclusion qui s'imposait, à savoir que, étant donné les faits établis concernant l'utilisation de ces armes, il est inconcevable qu'il puisse y avoir des circonstances où leur emploi ne violerait pas les principes et les règles du droit international applicable dans les conflits armés, et en particulier les principes et les règles du droit humanitaire. En ne répondant pas à la question et en laissant les Etats libres de la trancher, la Cour s'est abstenue d'accomplir sa tâche qui aurait dû être de réaffirmer l'applicabilité aux armes nucléaires des règles de droit, en particulier des règles du droit humanitaire, et d'assurer la protection des êtres humains, des générations à venir et de l'environnement naturel contre l'emploi de telles armes dont la puissance destructrice, nous l'avons vu, est incapable de distinguer entre combattants et non-combattants, d'épargner les hôpitaux et les camps de prisonniers de guerre et peut causer des souffrances hors de proportion avec les nécessités militaires, laissant les victimes mourir de leurs brûlures après des semaines d'agonie ou endurer toute leur vie de douloureuses infirmités. Ce que l'Assemblée générale demandait à la Cour, garante du droit, c'était de déclarer qu'en raison de ces conséquences l'utilisation des armes nucléaires est illicite en droit international. C'est une déclaration que notre Cour en tant que tribunal aurait dû pouvoir faire.

In the absence of such a categoric and inescapable finding, I am left with no alternative but with deep regret to dissent from the Advisory Opinion.

(Signed) Abdul G. KOROMA.

En l'absence d'une conclusion catégorique et inéluctable de ce genre, je n'ai pas d'autre choix que d'exprimer, à mon grand regret, mon désaccord avec l'avis consultatif.

(Signé) Abdul G. KOROMA.

DISSENTING OPINION OF JUDGE HIGGINS

1. I agree with all that the Court has to say as to why it must render this Opinion and much that it has to say on the substance of the question put to it. I have also voted in favour of paragraphs 2 A, 2 B, 2 C, 2 D and 2 F of the *dispositif*. The first four of these findings are in a sense stepping stones to the heart of the matter, which is to be found in paragraph 2 E. I have, with regret, been unable to vote for what the Court there determines.

2. In the first part of its Opinion the Court has rejected suggestions that it should in its discretion decline to give the Opinion on the grounds that the question is not legal, or is too vague, or would require the Court to make scenarios, or would require it to "legislate". But at paragraph 97 of its Opinion, and in paragraph 2 E of its *dispositif*, the Court effectively pronounces a *non liquet* on the key issue on the grounds of uncertainty in the present state of the law, and of facts. I find this approach inconsistent.

3. I agree with most of the legal reasoning that sustains paragraphs 2 A, 2 B, 2 C and 2 D. Although paragraph 2 C is negatively formulated, it is clear from the Court's analysis that neither the Charter provisions, nor customary international law, nor treaty law, make the threat or use of nuclear weapons unlawful *per se*.

4. In its Judgment on *Military and Paramilitary Activities* the Court confirmed the existence of a rule of proportionality in the exercise of self-defence under customary international law. It there noted that the Charter "does not contain any specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), I.C.J. Reports 1986*, p. 94, para. 176). Importantly, in the present Opinion the Court makes clear (paras. 40-41) that notwithstanding the absence of specific mention of proportionality in Article 51, this requirement applies equally to the exercise of self-defence under the Charter.

5. In the *Military and Paramilitary Activities* case the terms used by the Court already made clear that the concept of proportionality in self-defence limits a response to what is needed to reply to an attack. This is consistent with the approach of Professor Ago (as he then was), who had made clear in the Addendum to his Eighth Report on State Responsibility that the concept of proportionality referred to was that which was proportionate to repelling the attack, and not a requirement of symmetry between the mode of the initial attack and the mode of response (A/CN.4/

OPINION DISSIDENTE DE M^ME^ HIGGINS

[Traduction]

1. J'approuve tout ce que la Cour a dit sur les raisons pour lesquelles elle doit donner le présent avis et une grande partie de ce qu'elle a dit sur le fond de la question qui lui est posée. J'ai voté aussi pour les alinéas A, B, C, D, et F du paragraphe 2 du dispositif. Les quatre premiers alinéas annoncent en quelque sorte ce qui est au cœur même du problème et qui fait l'objet de l'alinéa E du paragraphe 2. Je regrette de n'avoir pu voter pour cet alinéa tel que la Cour l'a libellé.

2. Dans la première partie de son avis, la Cour a rejeté des suggestions tendant à ce qu'elle use de son pouvoir discrétionnaire pour refuser de donner l'avis demandé parce que la question ne serait pas juridique, qu'elle serait trop vague, qu'elle amènerait la Cour à écrire des scénarios ou encore l'obligerait à «légiférer». Mais au paragraphe 97 de son avis et à l'alinéa E du paragraphe 2 du dispositif, la Cour prononce bel et bien, en ce qui concerne la question clé, un *non liquet* fondé sur le caractère incertain de l'état actuel du droit et sur les éléments de fait. Cette démarche me paraît illogique.

3. Je souscris pour l'essentiel à la motivation juridique des alinéas A, B, C et D du paragraphe 2. Bien que l'alinéa C soit formulé de façon négative, il résulte clairement de l'analyse de la Cour que ni les dispositions de la Charte, ni le droit international coutumier, ni le droit conventionnel ne rendent illicite en soi la menace ou l'emploi d'armes nucléaires.

4. Dans son arrêt sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour a confirmé qu'il existait en droit international coutumier une règle de proportionnalité dans l'exercice de la légitime défense. Elle y a noté que la Charte «ne comporte pas la règle spécifique ... selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnelles à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 94, par. 176). Qui plus est, la Cour indique clairement, dans le présent avis (par. 40-41), que même si l'article 51 ne contient aucune mention spécifique de la proportionnalité, celle-ci ne s'en applique pas moins lorsque la légitime défense est exercée en vertu de la Charte.

5. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, il résulte nettement des termes employés par la Cour que la notion de proportionnalité en matière de légitime défense limite la riposte à ce qui est nécessaire pour repousser l'agression. Cela cadre bien avec la conception du professeur Ago (c'était alors son titre) qui avait précisé, dans l'additif à son huitième rapport sur la responsabilité des Etats, que la notion de proportionnalité visait le caractère proportionné des moyens mis en œuvre pour répondre à l'attaque et non pas une quel-

318/Adds.5-7, para. 121, *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part One, p. 69).

6. Paragraph 2E states in its first part that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, in particular the principles and rules of humanitarian law; and in its second part that the Court cannot conclude whether a threat or use of nuclear weapons *in extremis* in self-defence, where a State's very survival was at stake, would be lawful or unlawful.

7. I have not been able to vote for these findings for several reasons. It is an essential requirement of the judicial process that a court should show the steps by which it reaches its conclusions. I believe the Court has not done so in respect of the first part of paragraph 2E. The findings in a judicial *dispositif* should be clear. I believe paragraph 2E is unclear in its meaning (and one may suspect that this lack of clarity is perhaps regarded as a virtue). I greatly regret the *non liquet* offered in the second part of paragraph 2E. And I believe that in that second sentence the Court is declining to answer a question that was in fact never put to it.

8. After finding that the threat or use of nuclear weapons is not prohibited *per se* by reference to the Charter or treaty law, the Court moves to see if it is prohibited *per se* by reference to the law of armed conflict (and especially humanitarian law).

9. It is not sufficient, to answer the question put to it, for the Court merely briefly to state the requirements of the law of armed conflict (including humanitarian law) and then simply to move to the conclusion that the threat or use of nuclear weapons is generally unlawful by reference to these principles and norms. The Court limits itself to affirming that the principles and rules of humanitarian law apply to nuclear weapons. It finds in paragraph 95, by reference to "the unique characteristics of nuclear weapons" that their use is "scarcely reconcilable" with the requirements of humanitarian law and "would generally be contrary" to humanitarian law (*dispositif*, para. 2E). At no point in its Opinion does the Court engage in the task that is surely at the heart of the question asked: the systematic application of the relevant law to the use or threat of nuclear weapons. It reaches its conclusions without the benefit of detailed analysis. An essential step in the judicial process — that of legal reasoning — has been omitted.

10. What in my view the Court should have done is to explain, elaborate and apply the key elements of humanitarian law that it identifies. I agree with the Court that certain general principles emanating from the treaties on the law of armed conflict and on humanitarian law are binding, either as continuing treaty obligations or as prescriptions of customary international law. These principles stem from a variety of uncontested sources (by which I mean they are in no way dependent upon the provisions of Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949

conque symétrie entre les modalités de l'agression initiale et les modalités de la riposte (A/CN.4/318/Add.5-7, par. 121, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, première partie, p. 67).

6. Le paragraphe 2 E du dispositif énonce dans sa première partie que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire et, dans sa deuxième partie, que la Cour ne peut conclure que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause.

7. Je n'ai pas été en mesure de voter pour ces conclusions pour plusieurs raisons. Une exigence essentielle du processus judiciaire est que le tribunal indique comment il est parvenu à sa conclusion. Or, je crois que la Cour ne l'a pas fait en ce qui concerne la première partie du paragraphe 2 E. Dans tout dispositif judiciaire, les conclusions doivent être claires. Il me semble que le sens du paragraphe 2 E ne l'est pas (et peut-être cette absence de clarté est-elle considérée comme une qualité). Je regrette vivement le *non liquet* que constitue la deuxième partie du paragraphe 2 E. Je crois que, dans cette deuxième phrase, la Cour refuse de répondre à une question qui, en fait, ne lui a jamais été posée.

8. Après avoir dit, en se référant à la Charte et au droit conventionnel, que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires n'est pas interdit en soi, la Cour examine si une interdiction en soi résulte du droit applicable dans les conflits armés (et spécialement du droit humanitaire).

9. Pour répondre à la question qui lui est posée, il ne suffit pas que la Cour mentionne brièvement les exigences du droit applicable dans les conflits armés (y compris le droit humanitaire) puis se contente de conclure que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est généralement illicite par rapport à ces principes et à ces normes. La Cour se borne à affirmer que les principes et règles du droit humanitaire s'appliquent aux armes nucléaires. Au paragraphe 95, se référant aux «caractéristiques uniques des armes nucléaires», elle dit que leur utilisation «n'apparaît guère conciliable» avec les exigences du droit humanitaire et «serait généralement contraire» à ce droit (paragraphe 2 E du dispositif). A aucun moment la Cour ne s'attelle, dans son avis, à la tâche que lui imposait certainement la question posée, à savoir appliquer systématiquement le droit approprié à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires. Elle conclut sans avoir procédé à une analyse détaillée. Une phase essentielle du processus judiciaire — celle de la motivation juridique — a été omise.

10. Ce que la Cour aurait dû faire, d'après moi, c'est expliquer, préciser et appliquer les éléments clés du droit humanitaire identifiés par elle. Comme la Cour, je pense que certains principes généraux résultant des traités sur le droit applicable dans les conflits armés et sur le droit humanitaire sont obligatoires soit à titre d'obligations conventionnelles permanentes soit à titre de prescriptions de droit international coutumier. Ces principes ont pour origine toute une série de sources incontestées (je veux dire par là qu'ils ne relèvent en rien des dispositions du protocole addi-

nor upon any views held as to the application of those provisions to nuclear weapons). Particular reference may be made to the St. Petersburg Declaration of 11 December 1868 and to the Regulations, annexed to the Hague Convention IV, 1907, Articles 22 and 23 *(e)*. The Court recalls that the Regulations annexed to Hague Convention IV were in 1946 held by the Nuremberg Military Tribunal to have become part of customary international law by 1939. (Opinion, para. 80.)

11. The legal principle by which parties to an armed conflict do not have an unlimited choice of weapons or of methods of warfare cannot of itself give the answer to the question before the Court. Its purpose is to ensure that weapons, both in the context of their use, and in the methods of warfare, must comply with the other substantive rules.

12. It is not permitted in the choice of weapons to cause unnecessary suffering to enemy combatants, nor to render their death inevitable, nor to aggravate their sufferings when disabled. Equally, the Report of the International Military Commission in St. Petersburg of 1868 made clear that harm to civilians as a means of securing victory over the enemy was not a legitimate right of war; and that even in seeking to disable the military not every method was lawful. There has been, in many of the written and oral submissions made to the Court, a conflation of these two elements. But the Court itself makes clear, in paragraph 78 of its Opinion, that the prohibitions against means of conflict that cause unnecessary suffering is directed towards the fulfilment of the second, progressive, limb — namely, that even in seeking to disable the military forces of the enemy, there is a limitation upon the means that may be employed. These provisions are not directed at the protection of civilians — other provisions serve that purpose. It is in any event absolutely prohibited to attack civilians, whether by nuclear or other weapons. Attack upon civilians does not depend for its illegality upon a prohibition against "superfluous injury" or aggravating the sufferings of men already disabled.

13. If then the "unnecessary suffering" provision does not operate as a generalized prohibition, but is rather directed at the protection of combatants, we must ask whether it still does not follow that the appalling primary effects of a nuclear weapon — blast waves, fires, radiation or radioactive fallout — cause extensive unnecessary suffering? These effects indeed cause horrendous suffering. But that is not necessarily "unnecessary suffering" as this term is to be understood within the context of the 1868 and 1907 law, which is directed at the limitation of means against a legitimate target, military personnel.

14. The background to Article 23 *(a)* of the Hague Regulations was the celebrated provision in Article 22 (which opens a Chapter on the means of injuring the enemy) that the means of injuring the enemy is not unlimited. A certain level of violence is necessarily permissible in the exercise of self-defence; humanitarian law attempts to contain that force

tionnel I aux conventions de Genève de 1949 et sont indépendants des opinions formulées quant à l'application de ces dispositions aux armes nucléaires). On peut se référer en particulier à la déclaration de Saint-Pétersbourg du 11 décembre 1868 et au règlement annexé à la convention IV de La Haye de 1907, articles 22 et 23 *e)*. La Cour rappelle que le Tribunal militaire de Nuremberg a jugé en 1946 que le règlement annexé à la convention IV de La Haye faisait partie en 1939 du droit international coutumier (avis consultatif, par. 80).

11. Le principe juridique selon lequel les parties à un conflit armé n'ont pas un choix illimité quant aux armes et aux méthodes qu'elles emploient ne permet pas, à lui seul, de répondre à la question dont la Cour est saisie. Son but est de faire en sorte que l'emploi des armes et les méthodes de guerre utilisées soient conformes aux autres règles de fond.

12. En ce qui concerne le choix des armes, il n'est pas permis de causer des souffrances inutiles aux combattants ennemis ni de rendre leur mort inévitable ni d'aggraver les souffrances de ceux qui sont mis hors de combat. Le rapport de la commission militaire internationale de Saint-Pétersbourg (1868) a de même précisé qu'il n'était pas légitime de s'en prendre aux civils pour s'assurer de la victoire sur l'ennemi et que, s'agissant même de mettre hors de combat des militaires, toute méthode n'était pas licite. Dans nombre d'exposés écrits ou oraux présentés à la Cour, ces deux éléments vont de pair. Mais la Cour indique clairement, au paragraphe 78 de son avis, que les interdictions visant des méthodes susceptibles de causer des maux superflus concernant le second élément, autrement dit, même quand il s'agit de mettre hors de combat des forces militaires de l'ennemi, il existe une limitation quant aux moyens dont on peut se servir. Ces dispositions ne visent pas la protection des civils — il y en a d'autres à cet effet. Il est de toute façon absolument interdit d'attaquer des civils, que ce soit au moyen d'armes nucléaires ou avec d'autres armes. L'illicéité des attaques dirigées contre des civils est indépendante de toute disposition interdisant d'infliger des «maux superflus» ou d'aggraver les souffrances de ceux qui sont déjà hors de combat.

13. Si donc la clause relative aux «maux superflus» ne constitue pas une interdiction générale mais vise la protection des combattants, nous devons nous demander si les conséquences primaires effrayantes de l'arme nucléaire — effet de souffle, incendies, rayonnements, retombées radioactives — ne causent pas des maux superflus considérables. Ces effets entraînent certes des souffrances abominables. Mais ce ne sont pas nécessairement des «maux superflus» au sens où cette expression doit être comprise dans le contexte du droit de 1868 et de 1907, lequel est orienté vers la limitation des moyens utilisés contre la cible légitime qu'est le personnel militaire.

14. L'article 23 *a)* du règlement de La Haye avait pour arrière-plan la disposition de l'article 22 (par lequel commence un chapitre sur les moyens de nuire à l'ennemi) selon lequel le choix des moyens de nuire à l'ennemi n'est pas illimité. Un certain niveau de violence est nécessairement autorisé dans l'exercice de la légitime défense; le droit humani-

(and illegal uses of force too), by providing a "balancing" set of norms. It is thus unlawful to cause suffering and devastation which is in excess of what is required to achieve these legitimate aims. Application of this proposition requires a balancing of necessity and humanity. This approach to the proper understanding of "unnecessary suffering" has been supported, *inter alia,* by the Netherlands (Advisory Opinion on the *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Written Statement, para. 27), the United Kingdom (*ibid.*, Written Statement, paras. 36 ff. and oral statement (CR 95/34)); the United States (*ibid.*, Written Statement, para. 25) and New Zealand (Written Statement, para. 69, submitted in connection with the present request for advisory opinion).

15. Subsequent diplomatic practice confirms this understanding of "unnecessary suffering" as established in the 1907 Regulations. In the Lucerne Conference of Governmental Experts on the Use of Certain Conventional Weapons of 1974, the Experts were agreed both what was meant by "suffering" and by "unnecessary". As to the latter:

> "This involved some sort of equation between, on the one hand, the degree of injury or suffering inflicted (the humanitarian aspect) and, on the other, the degree of necessity underlying the choice of a particular weapon (the military aspect)." (Conference Report, published by the International Committee of the Red Cross (ICRC), 1975, para. 23.)

They were in accord that the concept entailed a "balancing" or "equation" rather than a prohibition against a significant degree or even a vast amount of suffering. Any disagreement rather lay in whether, on the military necessity side of the equation, all that was permitted was to put enemy personnel *hors de combat*, or whether it was permitted also to attack enemy material, lines of communication and resources (*ibid.*, para. 25).

16. It is this understanding of the principle that explains why States have been able to move to a specific prohibition of dum-dum bullets, whereas certain weapons that cause vastly greater suffering have neither been the subject of specific prohibitions, nor, in general State practice, been regarded as clearly prohibited by application of the "unnecessary suffering" principle. The status of incendiary projectiles, flamethrowers, napalm, high velocity weapons — all especially repugnant means of conducting hostilities — have thus remained contested.

17. The prohibition against unnecessary suffering and superfluous injury is a protection for the benefit of military personnel that is to be assessed by reference to the necessity of attacking the particular military

taire cherche à contenir cette force (ainsi que ses utilisations illicites) en prescrivant une série «équilibrée» de normes. C'est ainsi qu'il est illicite de causer des souffrances et des dévastations allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces buts légitimes. La mise en œuvre de ce précepte exige que soit réalisé un équilibre entre la nécessité et l'humanité. Cette façon de parvenir à une bonne interprétation de la notion de «maux superflus» a été approuvée entre autres par les Pays-Bas (avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, exposé écrit, par. 27), par le Royaume-Uni (*ibid.*, exposé écrit, par. 36 et suiv., et exposé oral, CR 95/34), par les Etats-Unis (*ibid.*, exposé écrit, par. 25) et par la Nouvelle-Zélande (exposé écrit dans le cadre de la présente demande d'avis consultatif, par. 69).

15. La pratique diplomatique ultérieure confirme cette interprétation des «maux superflus» visés par le règlement de 1907. Lors de la conférence d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes conventionnelles, tenue à Lucerne en 1974, les experts sont tombés d'accord sur ce qu'il fallait entendre par «maux» et par «superflus». A cet égard, ils ont dit:

> «Ce problème présuppose une sorte de relation entre l'importance de la blessure ou des souffrances infligées (aspects humanitaires) d'une part et la nécessité plus ou moins grande de choisir telle ou telle arme (aspect militaire) d'autre part.» (Rapport de la conférence, publié par le Comité international de la Croix-Rouge en 1975, par. 23.)

Ils se sont accordés à reconnaître que la notion de «maux superflus» impliquait un «équilibre» ou une «relation» et non l'interdiction d'infliger des souffrances graves, voire très graves. Dans la mesure où il y a eu désaccord, celui-ci a porté plutôt sur le point de savoir si l'élément de la nécessité militaire se limitait à exiger qu'une arme soit capable de mettre un ennemi hors de combat ou s'il permettait que l'on s'en prenne au matériel, aux lignes de communication et aux ressources de l'adversaire (*ibid.*, par. 25).

16. C'est cette interprétation du principe qui explique que les Etats aient pu interdire spécifiquement l'emploi des balles dum-dum alors que certaines armes qui provoquent des maux beaucoup plus considérables n'ont jamais fait l'objet d'interdictions spécifiques ni, dans la pratique générale des Etats, été considérées comme manifestement interdites en application du principe qui prohibe les «maux superflus». C'est ainsi que le statut des projectiles incendiaires, des lance-flammes, du napalm, des armes à grande vitesse — tous moyens particulièrement odieux de faire la guerre — est resté contesté.

17. L'interdiction d'infliger des souffrances inutiles et des maux superflus est, pour le personnel militaire, une protection qui doit être appréciée par rapport à la nécessité d'une attaque contre la cible militaire qu'il

target. The principle does not stipulate that a legitimate target is not to be attacked if it would cause great suffering.

18. There remains unanswered the crucial question: *what* military necessity is so great that the sort of suffering that would be inflicted on military personnel by the use of nuclear weapons would ever be justified? That question, in turn, requires knowing the dimensions of the suffering of which we speak and the circumstances which occasion it. It has been suggested that suffering could be relatively limited in the tactical theatre of war. The Court rightly regards that evidence as uncertain. If the suffering is of the sort traditionally associated with the use of nuclear weapons — blast, radiation, shock, together with risk of escalation, risk of spread through space and time — then only the most extreme circumstances (defence against untold suffering or the obliteration of a State or peoples) could conceivably "balance" the equation between necessity and humanity.

19. To show how it reached its findings in paragraph 2 E of the *dispositif*, the Court should, after analysing the provisions of humanitarian law concerning the protection of combatants, then systematically have applied the humanitarian rules and principles as they apply to the protection of civilians. The major legal issues in this context which it might have been expected the Court would address are these: does the prohibition against civilians being the object of attack preclude attack upon a military target if it is realized that collateral civilian casualties will be unavoidable? And in the light of the answer to the above question, what then is meant by the requirements that a weapon must be able to discriminate between civilian and military targets and how will this apply to nuclear weapons?

20. For some States making submissions to the Court, the large number of civilian victims was said *itself to show* that the collateral damage is excessive. But the law of armed conflict has been articulated in terms of a broad prohibition — that civilians may not be the object of armed attack — and the question of numbers or suffering (provided always that this primary obligation is met) falls to be considered as part of the "balancing" or "equation" between the necessities of war and the requirements of humanity. Articles 23 *(g)*, 25 and 27 of the Annex to the Fourth Hague Convention have relevance here. The principle of proportionality, even if finding no specific mention, is reflected in many provisions of Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949. Thus even a legitimate target may not be attacked if the collateral civilian casualties would be disproportionate to the specific military gain from the attack. One is inevitably led to the question of whether, if a target is legitimate and the use of a nuclear weapon is the only way of destroying that target, any need can ever be so necessary as to occasion massive collateral damage upon civilians.

vise. Le principe ne stipule pas qu'une cible légitime ne doit pas être attaquée parce qu'il pourrait en résulter de grandes souffrances.

18. Une question cruciale demeure cependant sans réponse: *quelle* nécessité militaire est assez grande pour jamais justifier le genre de souffrance que l'emploi d'armes nucléaires infligerait au personnel militaire? Cette question exige elle-même que l'on connaisse l'ampleur des souffrances dont on parle et les circonstances qui les occasionnent. On a dit que les souffrances pourraient être relativement limitées sur un théâtre d'opérations où seraient utilisées des armes tactiques. La Cour considère à juste titre que cela n'est pas certain. Si les souffrances ressemblent à celles que l'on associe habituellement à l'emploi des armes nucléaires — du fait du souffle, du rayonnement, du choc, du risque d'escalade, du risque de propagation dans l'espace et le temps — on peut concevoir que seules les circonstances les plus extrêmes (défense contre d'indicibles souffrances ou contre la disparition d'un Etat ou de populations) pourraient justifier qu'on établisse une «relation» équilibrée entre la nécessité militaire et les exigences de l'humanité.

19. Pour montrer comment elle est parvenue à la conclusion énoncée au paragraphe 2 E du dispositif, la Cour aurait dû, après avoir analysé les dispositions du droit humanitaire relatives à la protection des combattants, appliquer systématiquement à la protection des civils les règles et principes humanitaires. On aurait pu s'attendre que, dans ce contexte, la Cour examine les principales questions juridiques suivantes: l'interdiction de s'attaquer à des civils empêche-t-elle l'attaque d'un objectif militaire dès lors que des pertes civiles collatérales sont inévitables? Compte tenu de la réponse à cette question, que veut-on dire quand on exige qu'une arme soit capable de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires et comment cela s'applique-t-il aux armes nucléaires?

20. Pour certains des Etats qui se sont exprimés devant la Cour, le fait qu'il y ait beaucoup de victimes civiles *suffit à montrer* que le dommage collatéral est excessif. Mais le droit applicable dans les conflits armés se présente sous la forme d'une interdiction générale — les civils ne peuvent faire l'objet d'une attaque armée — et la question du nombre de victimes ou de la souffrance subie (à condition que cette obligation fondamentale soit respectée) doit être envisagée dans le cadre de l'«équilibre» ou de la «relation» entre les nécessités de la guerre et les exigences de l'humanité. Les articles 23 *g)*, 25 et 27 de l'annexe à la convention IV de La Haye sont à cet égard pertinents. Même s'il n'est pas spécifiquement mentionné, le principe de proportionnalité est exprimé dans de nombreuses dispositions du protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949. C'est ainsi que l'on ne peut attaquer même un objectif légitime si les pertes civiles collatérales doivent être disproportionnées à l'avantage militaire que l'on attend de cette attaque. On est inévitablement amené à se poser la question de savoir si, au cas où une cible serait légitime et où l'emploi d'armes nucléaires serait le seul moyen de la détruire, cette destruction pourrait jamais être indispensable au point que l'on inflige aux civils des dommages collatéraux massifs.

21. It must be that, in order to meet the legal requirement that a military target may not be attacked if collateral civilian casualties would be excessive in relation to the military advantage, the "military advantage" must indeed be one related to the very survival of a State or the avoidance of infliction (whether by nuclear or other weapons of mass destruction) of vast and severe suffering on its own population; and that no other method of eliminating this military target be available.

22. It is said that collateral damage to civilians, even if proportionate to the importance of the military target, must never be intended. "One's intent is defined by what one chooses to do, or seeks to achieve through what one chooses to do." (Finnis, Boyle and Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Idealism*, 1987, pp. 92-93.) This closely approximates to the legal doctrine of foreseeability, by which one is assumed to intend the consequences of one's actions. Does it follow that knowledge that in concrete circumstances civilians will be killed by the use of a nuclear weapon is tantamount to an intention to attack civilians? In law, analysis must always be contextual and the philosophical question here put is no different for nuclear weapons than for other weapons. The duty not to attack civilians as such applies to conventional weapons also. Collateral injury in respect of these weapons has always been accepted as not constituting "intent", provided always that the requirements of proportionality are met.

23. Very important also in the present context is the requirement of humanitarian law that weapons may not be used which are incapable of discriminating between civilian and military targets.

24. The requirement that a weapon be capable of differentiating between military and civilian targets is not a general principle of humanitarian law specified in the 1899, 1907 or 1949 law, but flows from the basic rule that civilians may not be the target of attack. There has been considerable debate, as yet unresolved, as to whether this principle refers to weapons which, because of the way they are commonly used, strike civilians and combatants indiscriminately (*Weapons That May Cause Unnecessary Suffering or Have Indiscriminate Effects*, Report of the Work of Experts, published by the ICRC, 1973) or whether it refers to whether a weapon "having regard to [its] effects in time and space" can "be employed with sufficient or with predictable accuracy against the chosen target" (Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons, Lucerne, 1974, Report published by the ICRC, 1975, pp. 10-11, para. 31; see also Kalshoven, "Arms, Armaments and International Law", *Receuil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 191 (1985-II), p. 236). For this concept to have a separate existence, distinct from that of collateral harm (with which it overlaps to an extent), and whichever interpretation of the term is chosen, it may be concluded that a weapon will be unlawful *per se* if it is

21. Pour remplir la condition juridique d'après laquelle un objectif militaire ne doit pas être attaqué si les pertes civiles collatérales risquent d'être excessives par rapport à l'avantage militaire retiré de cette attaque, cet «avantage militaire» doit être lié à la survie même de l'Etat ou permettre d'écarter de grandes et cruelles souffrances (qu'elles soient causées par des armes nucléaires ou d'autres armes de destruction massive) et il ne doit pas y avoir d'autres moyens d'éliminer l'objectif militaire en question.

22. On dit que les dommages collatéraux causés aux civils, même s'ils sont proportionnels à l'importance de l'objectif militaire, ne doivent jamais être intentionnels. «L'intention se définit par ce que l'on décide de faire ou ce que l'on cherche à réaliser par les moyens que l'on décide d'employer.» (Finnis, Boyle et Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Idealism*, 1987, p. 92-93.) Cela se rapproche beaucoup de la doctrine juridique de la prévisibilité, en vertu de laquelle chacun est censé vouloir les conséquences de ses actes. Est-ce que, pour autant, le fait de savoir que, dans des circonstances données, l'emploi de l'arme nucléaire entraînera la mort de civils équivaut à une intention de s'attaquer à des civils? En droit, l'analyse doit toujours tenir compte du contexte et la question philosophique posée ici n'est pas différente qu'il s'agisse d'armes nucléaires ou d'autres armes. L'obligation de ne pas s'attaquer aux civils vaut aussi pour les armes conventionnelles. Or, on a toujours admis que les dommages collatéraux provoqués par ces armes ne résultaient pas d'une «intention», à condition bien sûr que l'élément de proportionnalité soit respecté.

23. Dans le présent contexte, la condition posée par le droit humanitaire selon laquelle on ne doit pas utiliser d'armes incapables de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires est très importante aussi.

24. La condition d'après laquelle une arme doit pouvoir faire la distinction entre cibles militaires et cibles civiles n'est pas un principe général de droit humanitaire énoncé dans le droit de 1899, de 1907 ou de 1949, mais elle résulte de la règle de base qui veut que l'on ne doit pas s'attaquer aux civils. On a beaucoup discuté, sans aboutir à un résultat, pour savoir si ce principe se réfère aux armes qui, vu la manière dont elles sont couramment utilisées, frappent indistinctement les civils et les combattants («Les armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination», rapport sur les travaux d'experts, publié par le CICR en 1973) ou s'il se réfère aux armes qui, «du point de vue de leurs effets dans le temps et l'espace, ne pouvaient être employées avec une précision suffisante et prévisible pour atteindre la cible visée» («Conférence d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes conventionnelles, Lucerne, 1974», rapport publié par le CICR en 1975, p. 10-11, par. 31, voir aussi Kalshoven, «Arms, Armaments and International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 191 (1985), p. 236). Si l'on admet que ce concept a une existence autonome, qu'il est distinct de celui de dommage collatéral (qu'il recouvre en partie), et quelle que soit l'interprétation retenue, on peut conclure qu'une arme

incapable of being targeted at a military objective only, even if collateral harm occurs. Notwithstanding the unique and profoundly destructive characteristics of all nuclear weapons, that very term covers a variety of weapons which are not monolithic in all their effects. To the extent that a specific nuclear weapon would be incapable of this distinction, its use would be unlawful.

25. I do not consider it juridically meaningful to say that the use of nuclear weapons is "generally . . . contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law" (*dispositif*, para. 2 E). What does the term "generally" mean? Is it a numerical allusion, or is it a reference to different types of nuclear weapons, or is it a suggestion that the rules of humanitarian law cannot be met save for exceptions? If so, where is the Court's analysis of these rules, properly understood, and their application to nuclear weapons? And what are any exceptions to be read into the term "generally"? Are they to be linked to an exceptional ability to comply with humanitarian law? Or does the term "generally", especially in the light of paragraph 96, suggest that if a use of nuclear weapons in extreme circumstances of self-defence were lawful, that might *of itself* exceptionally make such a use compatible with the humanitarian law? The phraseology of paragraph 2 E of the *dispositif* raises all these questions and answers none of them.

26. There is a further reason why I have been unable to vote for paragraph 2 E of the *dispositif*. It states a negative consequence of humanitarian law and (unspecified) possible exceptions. The role of humanitarian law (in contrast to treaties of specific weapon prohibition) is to prescribe legal requirements of conduct rather than to give "generalized" answers about particular weapons. I do not, however, exclude the possibility that such a weapon could be unlawful by reference to the humanitarian law, if its use could never comply with its requirements — no matter what specific type within that class of weapon was being used and no matter where it might be used. We may believe that, in the present stage of weapon development, there may be very limited prospects of a State being able to comply with the requirements of humanitarian law. But that is different from finding the use of nuclear weapons "generally unlawful".

27. The meaning of the second sentence of paragraph 2 E of the *dispositif*, and thus what the two sentences of paragraph 2 E of the *dispositif* mean when taken together, is unclear. The second sentence is presumably not referring to self-defence in those exceptional circumstances, implied by the word "generally", that might allow a threat or use of nuclear weapons to be compatible with humanitarian law. If, as the Court has indicated in paragraph 42 (and operative paragraph 2 C), the Charter law does not *per se* make a use of nuclear weapons illegal, and if a specific use

sera illicite en soi si elle ne peut pas être dirigée contre un objectif militaire et lui seul, indépendamment des dommages collatéraux qui peuvent se produire. Malgré les caractéristiques uniques et la nature profondément destructrice de toutes les armes nucléaires, cette expression s'applique à des armes diverses dont les effets ne sont pas tous les mêmes. Dans la mesure où une arme nucléaire donnée serait incapable de faire la distinction, son emploi serait illicite.

25. Je ne crois pas qu'il soit juridiquement utile de dire que l'emploi d'armes nucléaires est «généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire» (paragraphe 2 E du dispositif). Que veut dire «généralement»? Est-ce une allusion numérique, une référence aux différents types d'armes nucléaires ou veut-on donner à entendre que les règles du droit humanitaire ne peuvent s'appliquer sauf exception? S'il en est ainsi, dans quels cas la Cour a-t-elle analysé ces règles en en donnant la bonne interprétation, et dans quels cas a-t-elle analysé leur application aux armes nucléaires? Quelles sont les exceptions que recouvre le terme «généralement»? Faut-il les associer aux possibilités exceptionnelles de respecter le droit humanitaire? Ou bien le terme «généralement» indique-t-il, surtout compte tenu du paragraphe 96, que, si l'emploi d'armes nucléaires dans une circonstance extrême de légitime défense est licite, il en résulte exceptionnellement que cet emploi devient compatible avec le droit humanitaire? La terminologie du paragraphe 2 E du dispositif soulève toutes ces questions sans répondre à aucune d'entre elles.

26. Il y a une autre raison pour laquelle je n'ai pu voter en faveur du paragraphe 2 E du dispositif. C'est qu'il énonce une conséquence négative du droit humanitaire et des exceptions possibles (d'ailleurs non spécifiées). Le rôle du droit humanitaire, contrairement aux traités interdisant l'emploi d'une arme déterminée, est de prescrire des normes de conduite et non de donner des réponses d'un caractère général au sujet d'armes particulières. Je n'exclus cependant pas l'éventualité qu'une telle arme soit illicite au regard du droit humanitaire, s'il se révélait impossible qu'elle réponde un jour aux exigences de ce droit — quel que soit le type d'engin appartenant à cette catégorie d'armes et quel que soit le lieu de son utilisation. Nous pouvons penser que, dans l'état actuel du développement de l'armement, il y a très peu de chances pour qu'un Etat puisse se conformer aux exigences du droit humanitaire. Mais c'est autre chose que de considérer l'emploi d'armes nucléaires comme «généralement illicite».

27. Le sens de la deuxième phrase du paragraphe 2 E du dispositif — et partant le sens des deux phrases du paragraphe, rapprochées l'une de l'autre — n'est pas clair. La deuxième phrase ne se réfère probablement pas à la légitime défense s'exerçant dans les circonstances exceptionnelles — qu'implique le mot «généralement» — où l'on pourrait considérer la menace ou l'emploi d'armes nucléaires comme compatible avec le droit humanitaire. Si, comme la Cour l'a indiqué au paragraphe 42 (et au paragraphe 2 C du dispositif), la Charte ne rend pas par elle-même illicite

complied with the provisions of Article 51 *and* was also compatible with humanitarian law, the Court can hardly be saying in the second sentence of paragraph 2 E that it knows not whether such a use would be lawful or unlawful.

28. Therefore it seems the Court is addressing the "general" circumstances that it envisages — namely that a threat or use of nuclear weapons violates humanitarian law — and that it is addressing whether in *those* circumstances a use of force *in extremis* and in conformity with Article 51 of the Charter, might nonetheless be regarded as lawful, or not. The Court answers that it does not know.

29. What the Court has done is reach a conclusion of "incompatibility in general" with humanitarian law; and then effectively pronounce a *non liquet* on whether a use of nuclear weapons in self-defence when the survival of a State is at issue might still be lawful, even were the particular use to be contrary to humanitarian law. Through this formula of non-pronouncement the Court necessarily leaves open the possibility that a use of nuclear weapons contrary to humanitarian law might nonetheless be lawful. This goes beyond anything that was claimed by the nuclear-weapon States appearing before the Court, who fully accepted that any lawful threat or use of nuclear weapons would have to comply with both the *jus ad bellum* and the *jus in bello* (see Advisory Opinion, para. 86).

30. That the formula chosen is a *non liquet* cannot be doubted, because the Court does not restrict itself to the inadequacy of facts and argument concerning the so-called "clean" and "precise" weapons. I share the Court's view that it has not been persuasively explained in what circumstances it might be essential to use any such weaponry. Nor indeed may it be assumed that such types of weapons (perhaps to be used against submarines, or in deserts) can suffice to represent for a nuclear-weapon State all that is required for an effective policy of deterrence.

31. The formula in the second part of paragraph 2 E refers also to "the current state of international law" as the basis for the Court's *non liquet*. I find it very hard to understand this reference. Paragraph F of the *dispositif*, and the final paragraphs of the Court's Opinion, indicate that the Court hopes for a negotiated and verified total disarmament, including nuclear disarmament. But it cannot be the absence of this goal which means that international law has no answer to give on the use of nuclear weapons in self-defence. International law does not simply consist of total prohibitions. Nor can it be that there is no substantive law of self-defence upon which the Court may offer advice — this, all said and done, is one of the most well-developed areas of international law.

32. Can the reference to "the current state of international law" possibly refer to humanitarian law? This is one of the many elements that is unclear. This aspect appears to have been disposed of already in the first

l'emploi des armes nucléaires et si, dans un cas donné, cet emploi est conforme aux dispositions de l'article 51 et est compatible avec le droit humanitaire, la Cour ne peut guère vouloir dire dans la deuxième phrase du paragraphe 2 E qu'elle ignore si cette utilisation serait licite ou illicite.

28. Il semble par conséquent que la Cour vise les circonstances «générales», à savoir celles où la menace ou l'emploi d'armes nucléaires viole le droit humanitaire, et qu'elle se demande si, *dans ces circonstances*, le recours à la force dans un cas extrême et conformément à l'article 51 de la Charte pourrait être néanmoins considéré comme licite ou non. La Cour répond qu'elle ne peut se prononcer à ce sujet.

29. La Cour s'est bornée à conclure à une «incompatibilité d'ordre général» avec le droit humanitaire, puis a prononcé un véritable *non liquet* sur le point de savoir si l'emploi d'armes nucléaires en cas de légitime défense lorsque la survie d'un Etat est en cause pourrait être licite, même si cet emploi était dans ce cas particulier contraire au droit humanitaire. En évitant ainsi de se prononcer, la Cour laisse nécessairement ouverte la possibilité qu'un recours à l'arme nucléaire, contraire au droit humanitaire, soit néanmoins considéré comme licite. Elle est donc allée beaucoup plus loin que ne l'ont fait les Etats dotés de l'arme nucléaire qui se sont exprimés devant la Cour et qui ont pleinement admis que pour être licite la menace ou l'emploi d'armes nucléaires devait respecter aussi bien le *jus ad bellum* que le *jus in bello* (voir avis consultatif, par. 86).

30. Il n'est pas douteux que la formule choisie est un *non liquet* car la Cour ne se borne pas à invoquer l'insuffisance des faits et des arguments concernant les armes dites «propres» et «précises». Je pense comme la Cour qu'on ne lui a pas expliqué de façon convaincante dans quelles circonstances il pourrait être essentiel d'utiliser ce genre d'armement. On ne saurait supposer que des armes de ce type (à utiliser peut-être contre des sous-marins ou dans des déserts) puissent représenter pour un Etat doté de l'arme nucléaire tout ce dont il a besoin pour mener une politique de dissuasion efficace.

31. La formule contenue dans la deuxième partie du paragraphe 2 E mentionne aussi «l'état actuel du droit international» comme la base du *non liquet* prononcé par la Cour. J'ai beaucoup de mal à comprendre cette mention. Le paragraphe 2 F du dispositif et les derniers paragraphes de l'avis montrent que la Cour espère qu'il sera possible de parvenir à un désarmement — y compris un désarmement nucléaire — complet, négocié et vérifié. Mais ce n'est pas parce que l'on n'a pas encore atteint ce but qu'aucune conclusion ne peut être tirée du droit international quant à l'emploi d'armes nucléaires en état de légitime défense. Le droit international ne consiste pas seulement en interdictions totales. On ne saurait dire non plus qu'il n'existe pas un droit positif de la légitime défense sur lequel la Cour puisse donner un avis — car c'est, tout compte fait, un des domaines du droit international les mieux développés.

32. La mention «l'état actuel du droit international» ne renverrait-elle pas au droit humanitaire? C'est l'un des nombreux éléments qui manquent de clarté. Cet aspect semble être déjà traité dans la première partie du para-

part of paragraph 2E. In any event, humanitarian law too is very well developed. The fact that its principles are broadly stated and often raise further questions that require a response can be no ground for a *non liquet*. It is exactly the judicial function to take principles of general application, to elaborate their meaning and to apply them to specific situations. This is precisely the role of the International Court, whether in contentious proceedings or in its advisory function.

33. Perhaps the reference to "the current state of international law" is a reference to perceived tensions between the widespread acceptance of the possession of nuclear weapons (and thus, it may be presumed, of the legality of their use in certain circumstances) as mentioned by the Court in paragraphs 67 and 96 on the one hand, and the requirements of humanitarian law on the other. If so, I believe this to be a false dichotomy. The pursuit of deterrence, the shielding under the nuclear umbrella, the silent acceptance of reservations and declarations by the nuclear powers to treaties prohibiting the use of nuclear weapons in certain regions, the seeking of possible security assurances — all this points to a significant international practice which is surely relevant not only to the law of self-defence but also to humanitarian law. If a substantial number of States in the international community believe that the use of nuclear weapons might *in extremis* be compatible with their duties under the Charter (whether as nuclear powers or as beneficiaries of "the umbrella" or security assurances) they presumably *also* believe that they would not be violating their duties under humanitarian law.

34. Nothing in relevant statements made suggests that those States giving nuclear assurances or receiving them believed that they would be violating humanitarian law — but decided nonetheless to act in disregard of such violation. In sum, such weight as may be given to the State practice just referred to has a relevance for our understanding of the complex provisions of humanitarian law as much as for the provisions of the Charter law of self-defence.

35. For all of these reasons, I am unable to see why the Court resorts to the answer it does in the second part of paragraph 2E of the *dispositif*.

36. It is also, I think, an important and well-established principle that the concept of *non liquet* — for that is what we have here — is no part of the Court's jurisprudence.

37. The Court has, of course, on several occasions, declined to answer a question even after it has established its jurisdiction. Reasons of propriety (Article 65 of the Statute; and the *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* and *Northern Cameroons* cases) or important defects in procedure (the *Asylum* case, the *Haya de la Torre* case) have been given. But "[in] none of these cases is the *non-liquet* due . . . to deficiencies in the law" (Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 2nd rev. ed., p. 100).

graphe 2 E. Quoi qu'il en soit, le droit humanitaire est lui aussi déjà bien développé. Le fait qu'il énonce ses principes en termes généraux et que ceux-ci soulèvent souvent d'autres questions appelant une réponse ne saurait justifier un *non liquet*. C'est justement la fonction du juge de partir de principes d'application générale, d'expliciter leur sens et de les appliquer à des situations données. Tel est précisément le rôle de la Cour internationale de Justice tant en matière contentieuse qu'en matière consultative.

33. La référence à «l'état actuel du droit international» renvoie-t-elle à des conflits que l'on peut percevoir entre d'une part l'acceptation très répandue de la possession d'armes nucléaires (et par conséquent, on peut le présumer, de la licéité de leur emploi en certaines circonstances), acceptation mentionnée par la Cour aux paragraphes 67 et 96 de l'avis, et d'autre part les exigences du droit humanitaire. S'il en est ainsi, je crois qu'il s'agit là d'une fausse dichotomie. La recherche de la dissuasion, la protection qu'assure le «parapluie» nucléaire, l'acceptation tacite des réserves et des déclarations faites par les puissances nucléaires à l'égard de traités interdisant le recours à l'arme nucléaire dans certaines régions, la recherche d'éventuelles garanties de sécurité, sont tous des éléments qui mettent en évidence une pratique internationale importante intéressant non seulement le droit de la légitime défense mais aussi le droit humanitaire. Si un grand nombre des Etats de la communauté internationale estiment que l'emploi d'armes nucléaires peut être dans une circonstance extrême compatible avec les obligations que leur impose la Charte (soit comme puissances nucléaires soit comme bénéficiaires du «parapluie» nucléaire ou des garanties de sécurité), on peut supposer qu'ils estiment *aussi* ne violer en rien leurs obligations au regard du droit humanitaire.

34. Rien dans les exposés présentés n'indique que les Etats qui ont donné des garanties en matière nucléaire et ceux qui les ont reçues ont considéré qu'ils violaient le droit humanitaire mais ont néanmoins décidé d'agir en dépit d'une telle violation. En résumé, l'importance que l'on peut accorder à la pratique des Etats qui vient d'être mentionnée est utile non seulement pour comprendre ces dispositions complexes du droit humanitaire mais aussi celles concernant le droit de la légitime défense énoncé dans la Charte.

35. Pour tous ces motifs, je ne vois pas pourquoi la Cour a utilisé les termes figurant dans la deuxième partie du paragraphe 2 E du dispositif.

36. C'est aussi, je crois, un principe important et bien établi que la notion du *non liquet* — c'est bien la situation en l'espèce — ne fait pas partie de la jurisprudence de la Cour.

37. Certes, la Cour a plusieurs fois refusé de répondre à une question alors même qu'elle s'était déclarée compétente. Elle a invoqué des motifs d'opportunité (article 65 du Statut; *Or monétaire pris à Rome en 1943* et *Cameroun septentrional*) ou des graves vices de procédure (*Droit d'asile* et *Haya de la Torre*). Mais «dans aucune de ces affaires le *non liquet* ne résulte ... d'insuffisances du droit» (Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 2e éd. revisée, p. 100).

38. This unwelcome formulation ignores 65 years of proud judicial history and also the convictions of those who went before us. Former President of the International Court, Judge Elias, reminds us that there are what he terms "useful devices" to assist if there are difficulties in applying the usual sources of international law. In his view these "preclude the Court from pleading *non liquet* in any given case" (Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, 1983, p. 14).

39. The learned editors of the 9th edition of *Oppenheim's International Law* remind us:

> "there is [not] always a clear and specific legal rule readily applicable to every international situation, but that every international situation is capable of being determined *as a matter of law*" (Jennings and Watts, Vol. I, p. 13).

40. Nor is the situation changed by any suggestion that the problem is as much one as "antimony" or clashes between various elements in the law as much as alleged "vagueness" in the law. Even were there such an "antimony" (which, as I have indicated above, I doubt), the judge's role is precisely to decide which of two or more competing norms is applicable in the particular circumstances. The corpus of international law is frequently made up of norms that, taken in isolation, appear to pull in different directions — for example, States may not use force/States may use force in self-defence; *pacta sunt servanda*/States may terminate or suspend treaties on specified grounds. It is the role of the judge to resolve, in context, and on grounds that should be articulated, why the application of one norm rather than another is to be preferred in the particular case. As these norms indubitably exist, and the difficulties that face the Court relate to their application, there can be no question of judicial legislation.

41. One cannot be unaffected by the knowledge of the unbearable suffering and vast destruction that nuclear weapons can cause. And one can well understand that it is expected of those who care about such suffering and devastation that they should declare its cause illegal. It may well be asked of a judge whether, in engaging in legal analysis of such concepts as "unnecessary suffering", "collateral damage" and "entitlement to self-defence", one has not lost sight of the real human circumstances involved. The judicial lodestar, whether in difficult questions of interpretation of humanitarian law, or in resolving claimed tensions between competing norms, must be those values that international law seeks to promote and protect. In the present case, it is the physical survival of peoples that we must constantly have in view. We live in a decentralized world order, in which some States are known to possess nuclear weapons but choose to remain outside of the non-proliferation treaty system; while other such non-parties have declared their intention to obtain nuclear weapons; and yet other States are believed clandestinely to possess, or to be working

38. Cette formulation regrettable fait abstraction de soixante-cinq années d'un noble passé judiciaire comme des convictions de nos prédécesseurs. L'ancien Président de la Cour, M. Elias, nous rappelle que ce qu'il dénomme des «instruments utiles» existent et peuvent nous aider si nous éprouvons des difficultés à utiliser les sources habituelles du droit international. A son avis, «ils interdisent à la Cour de prononcer un *non liquet* dans une affaire déterminée» (Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, 1983, p. 14).

39. Les éminents rédacteurs de la neuvième édition de l'ouvrage *Oppenheim's International Law* nous rappellent ceci:

> «il n'existe pas toujours une règle juridique claire et spécifique facilement applicable dans toute situation internationale, mais toute situation internationale peut être résolue *en droit*» (Jennings et Watts, vol. I, p. 13).

40. La situation ne change pas si l'on fait valoir que le problème tient autant à l'«antinomie» ou aux conflits des divers éléments du droit qu'au caractère prétendument vague de ce droit. A supposer qu'une telle antinomie existe (ce dont je doute, comme je l'ai dit ci-dessus), le rôle du juge est précisément de dire quelle est celle parmi deux ou plusieurs normes contraires qui est applicable dans les circonstances de l'espèce. Le corpus du droit international consiste souvent en des normes qui, prises isolément, paraissent s'orienter dans des directions différentes, par exemple: les Etats ne doivent pas recourir à la force/les Etats peuvent recourir à la force en cas de légitime défense; *pacta sunt servanda*/un Etat peut dénoncer un traité ou en suspendre l'application pour des raisons déterminées. Il appartient au juge de dire, dans le contexte et sur la base de motifs qu'il doit exposer, pourquoi il y a lieu de privilégier une norme par rapport à une autre dans le cas considéré. Comme ces normes existent indubitablement et que les difficultés rencontrées par la Cour concernent leur application, on ne saurait parler de législation judiciaire.

41. On ne peut rester insensible devant les insupportables souffrances et l'ampleur des destructions dont les armes nucléaires peuvent être la cause. Il est bien compréhensible que l'on attende de ceux que préoccupent ces souffrances et ces dévastations qu'ils déclarent cette cause illicite. On peut fort bien se demander si, quand un juge procède à une analyse juridique de notions comme celles de «maux superflus», de «dommage collatéral» ou de «droit à la légitime défense», il n'a pas perdu de vue l'aspect réellement humain de la situation. L'objectif judiciaire à atteindre, qu'il s'agisse de répondre à des questions difficiles d'interprétation du droit humanitaire ou de résoudre de prétendues tensions entre normes antagoniques, porte sur les valeurs que le droit international s'efforce de promouvoir et de protéger. En l'espèce, c'est la survie physique des populations que nous ne devons jamais perdre de vue. Nous vivons dans un ordre mondial décentralisé où l'on sait que certains Etats possédant l'arme nucléaire préfèrent rester en dehors du système créé par le traité sur la non-prolifération, tandis que d'autres Etats non parties ont déclaré

shortly to possess nuclear weapons (some of whom indeed may be party to the NPT). It is not clear to me that either a pronouncement of illegality in all circumstances of the use of nuclear weapons or the answers formulated by the Court in paragraph 2E best serve to protect mankind against that unimaginable suffering that we all fear.

(Signed) Rosalyn HIGGINS.

leur intention d'accéder à l'arme nucléaire et où l'on croit que d'autres encore possèdent clandestinement cette arme ou s'emploient à l'obtenir sous peu (certains d'entre eux pouvant d'ailleurs être parties au traité sur la non-prolifération). Il ne me semble pas que prononcer l'illicéité des armes nucléaires en toute circonstance ou donner les réponses que la Cour formule au paragraphe 2 E du dispositif soient les meilleurs moyens de protéger l'humanité contre ces souffrances indicibles que nous redoutons tous.

(Signé) Rosalyn HIGGINS.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070743-5